بسمه تعالى

٤

من كتاب

سفينة النجاة

للمرحوم المبرور آية الله الحجة

الشيخ احمد آل كاشف الغطاء

طاب ثراه

وعليه حواشي وتعليقات وفتاوى اخيه الامام الحجة

الشيخ محمد الحسين آل كاشف الغطاء

دامت بركاته

طبع في مطبعة الغري في النجف الاشرف

سنة ١٣٦٤ هـ

بسم الله الرحمن الرحیم

سفینه النجاه و مشکاه الهدی و مصباح السعادات

کاتب:

احمد بن علی بن محمد رضا نجفی (کاشف الغطاء)

نشرت فی الطباعهٔ:

موسسه کاشف الغطاء

رقمی الناشر:

مرکز القائمیهٔ باصفهان للتحریات الکمبیوتریهٔ

الفهرس

سفینه النجاه و مشکاه الهدی و مصباح السعادات المجلد ۴

اشاره

نام کتاب: سفینه النجاه و مشکاه الهدی و مصباح السعادات موضوع: فقه استدلالی نویسنده: نجفی، کاشف الغطاء، احمد بن علی بن محمد رضا تاریخ وفات مؤلف: ۱۳۴۴ ه ق زبان: عربی قطع: وزیری تعداد جلد: ۴ ناشر: مؤسسه کاشف الغطاء تاریخ نشر: ۱۴۲۳ ه ق نوبت چاپ: اول مکان چاپ: نجف اشرف- عراق ملاحظات: این کتاب با نسخه ای که در سال ۱۳۶۴ در نجف اشرف به چاپ رسیده است مطابقت دارد.

ص: ۱

اشاره

بسمه تعالی

هذا هو الجزء الرابع

من کتاب

سفینه النجاه

و مشکوه الهدی و مصباح السعادات

فی الأحکام و العقود و الایقاعات

من تصنیف المرحوم المبرور

حجه الإسلام و المسلمین آیه الله الحجه الشیخ

احمد آل کاشف الغطاء

طاب ثراه

و علیه حواشی و تعلیقات

حجه الإسلام و المسلمین آیه الله فی العالمین علامه زمانه

الشیخ محمد الحسین آل کاشف الغطاء قدّس سِرُّه

طبع فی المطبعه العلمیه النجف الأشرف

۱۳۶۶ ه ..... ۱۹۴۶ م

مکتبه کاشف الغطاء النجف الأشرف

۱۴۲۳ ه ..... ۲۰۰۲ م

[مقدمه الناشر]

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ

الجزء الرابع فی الأحکام و العقود و الإیقاعات

[تتمه المقصد الثالث فی العقود]

الکتاب التاسع فی الجعاله

اشاره

بفتح الجیم و العین أو الکسر و هی لغه مال یجعل علی فعل (و شرعا) صیغه ثمرتها تحصیل المنفعه بعوض فهی أشبه شی ء بالإجاره فان الجاعل فیها بمنزله المستأجر و العامل بمنزله الأجیر و العمل بمنزله المستأجر علیه و الجعل بمنزله الأجره و الأصل فیها الکتاب المجید قال عز من قائل [وَ لِمَنْ جٰاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِیرٍ وَ أَنَا بِهِ زَعِیمٌ] (و النظر فی الصیغه) و الجاعل و العامل و العمل و الجعل و الأحکام:

(أما الصیغه)

فهی کل لفظ دال علی استدعاء العمل بعوض یلزمه مثل من رد عبدی أو ضالتی أو خاط لی ثوباً و نحوه فله کذا و لا تعتبر العربیه بل تکفی الفارسیه و غیرها من اللغات و تقوم إشاره الأخرس و کتابته مقام لفظه و قد اختلفوا بعد اتفاقهم علی عدم الافتقار إلی قبول لفظی فی انها عقد أو إیقاع فذهب إلی کل فریق و تعریفهم لها بانها التزام عوض علی عمل و عدم اشتراط تعیین العامل و الاکتفاء بعمل الصبی الممیز مع انه لا عبره بقبوله و استحقاق من عمل لا بقصد المجانیه للمسمی و إن لم یکن عالما بالجعل یرشد إلی الثانی فهی من الأسباب لا تفتقر إلی قبول أصلا (الحق انها إن جعلها لشخص معین فقبل فهی عقد و غلا فهی إیقاع و له فی الشرع نظائر).

(و أما الجاعل)

فیشترط فیه ما یشترط فی المستأجر من الکمال بالبلوغ و العقل و الاختیار و الحریه و الرشد سواء جعل الجعل فی ذمته أو فی أعیان أمواله و عدم الفلس إن جعله فی أعیان أمواله أما لو جعله فی ذمته جاز و لا یحاص العالم الغرماء و ان تعلقت حقوقهم بالمال المردود و لو کان الجاعل أجنبیا فان جعله فی ماله لزمه دون المالک ثمّ ان کان ذلک بأمره رجع علیه و إلا فلا و إن جعله فی مال المالک بغیر إذنه فهو فضولی فان أجاز و إلا لغی و لو قال فضولی قال فلان من رد عبدی فله کذا فان

صدق استحق الراد على المالك المسمى و إلا لم يستحق عليه شيئا بل يرجع على الفضولى بأقل الأمرين من المسمى و أجره المثل إن كان مغرورا من قبله و إلا فلا.

(و أما العامل)

فلا يعتبر فيه بلوغ و لا رشد و لا اختيار و لا حريه و لا عدم فلس فلو عمل الصبى المميز و لو بغير اذن وليه أو السفيه أو العبد المكره أو المفلس استحق بل و كذا لو كان غير مميز أو مجنونا على وجه لا يخلو من قوه و لا يعتبر فيه التعيين فلو قال من رد عبدى فله كذا فرده من دخل فى عموم الصيغه أو إطلاقها بعد سماعه للجعاله استحق بل و كذا مع عدم سماعها إذا رد بنيه العوض و لو بدل جعلا لمن رده واحدا كان أم اكثر فرده جماعه استحق الجميع جعلا واحدا بينهم بالسويه و لو جعل لكل من الثلاثه جعلا مغايرا للآخرين فلكل ثلث ما جعل له و لو رده اثنان منهم فلكل منهما نصف ما عين له و لو لم يسم لبعضهم جعلا فله إذا كانوا ثلاثه ثلث أجره المثل و لكل واحد من الآخرين ثلث ما عين له و لو رده من لم يسم له و أحدهما فله نصف أجره مثله و للآخر نصف ما سمى له و هكذا و لو كانوا أزيد من ثلاثه أو انقص فبالنسبه و لو كان العمل مما يمكن تعدده فوقع من متعدد استحق كل جعلا كاملا و لو عين الجعاله لواحد فرد غيره فان عمل لنفسه أو تبرع على المالك أو أطلق فلا شى ء له و لا للمعين و كذا لو تبرع على المعين إذا كان الجاعل قد اشترط المباشره و إلا كان الجميع للمعين و لو شاركه فى الرد فان عمل لنفسه أو تبرع على المالك أو أطلق أو اشترط المباشره على العامل فلا شى ء له و كان للمعين من المسمى بنسبه عمله و غلا كان الجميع للمعين.

(و أما العامل) فيشترط فيه ما يشترط فى العمل المستأجر عليه سوى المعلوميه فلا تشترط إجماعا فلو قال من رد عبدى فله كذا مع الجهل بالمسافه صح كما يصح مع العلم بها (و يشترط كونه سائغا) فلو جعل جعلا على هتك مؤمن أو شرب خمرا و نحوهما بطل و كذا لو جعل على فعل واجب عينى أو كفائى قد وجب على العامل الإتيان به مجانا كالصلاه و الصوم و الحج عن نفسه و نحوها (و ما الواجبات الكفائيه التى) وجب الإتيان بها و لو بالعوض كالصنائع و الطبابه و نحوها فيصح و يشترط كونه

مقصودا للعقلاء فلو كان سفيها لا غرض صحيح فيه كالذهاب ليلا إلى بعض المواضع الخطره بطل.

(و أما الجعل)

فان لم يكن له تعيين واقعى كالشــى ء و المال و نحوهما بطل و إلا صح و إن كان مجهولا للعامل أو الجاعل أو لهما فإذا قال من رد عبدى فله نصفه أو ثلثه فرده من لا يعرفه صح و كذا لو جعله صبره مشاهده و إن كانت مجهوله القدر أو حصه من نماء شجر أو زرع مجهول الحال و هكـذا (و يعتبر أن يكون مما يملك) فلو جعله خمرا أو كلبا أو خنزيرا و نحوها مما لا يتملك بطل و أن يكون مملوكا للجاعل فلو جعله فى مال الغير و قف على إجازته فان لم يجز استحق العامل أجره المثل.

(و أما الأحكام)

اشاره

ففيها مسائل:

المسأله ۱: الجعاله جائره من الطرفين

فلكل منهما فسخهما قبل التلبس بالعمل و بعـده قبل التمام فان فسـخت قبل التلبس فلا شـى ء للعامل و إن فسـخت بعده اسـتحق الأجره لما مضى و بطلت فيما بقى سواء فسخها الجاهل أو العامل و لو عمل بعد علمه بالفسخ فهو متبرع و لو لم يعلم حتى اكمل العمـل فله الأجره كلا و كما يجوز الفسـخ فى اصـلها يجوز فى صـفاتها بالنسـبه إلى زياده الجعل و نقصانه و كيفيه العمل فيعمل بالاخيره و لو سـمعها و إلا فالعمل على ما سـمع و لو سمع الثانيه بعد الشروع فى الأولى فله من الأولى بنسبه ما مضى و من الثانيه بنسبه ما بقى.

المسأله ۲: تبطل الجعاله بموتهما أو أحدهما قبل التلبس بالعمل أو بعده قبل التمام

فلا شـى ء للعامل فيما يعمله بعـد موت الجاعل فانه متبرع بالنسـبه إلى الوارث و لو مات الجاعل بعـد كمال العمل اخذت الأجره من تركته و لو مات العامل بعـد اكماله للعمل أعطيت الأجره لورثته و لو مات أحدهما فى أثناء العمل فللعامل أجره ما عمل و لو جن المالك أو افلس أو صار سـفيها بطلت و هكذا كل ما يمنع منها لو كان فى الابتداء يبطلها إذا حدث فى الأثناء كما هو شأن العقود الجائزه.

المسأله ۳: إذا استدعى الرد مجانا أو كان العمل مما لا أجره له عاد

لقلته فلا اجر أما إذا أطلق أو ذكره مبهما و كان العمل مما له أجره فاجره المثل حتى فى رد الآبق و

البعير من المصر و غيره و ما ورد من تعيين دينار فی رد الآبق من المصر و أربعه فی رده من غيره ضعيف سندا أو دلاله.

المسأله ۴: إذا سعی العامل فی طلب الآبق فرده فمات فی بلد المالک

أو علی باب داره أو هرب أو غصبه غاصب أو ترک العامل فرجع بنفسه فان جعل المالک الجعل علی الرد و أطلق أو صرح بالايصال إلی يده لم يستحقه (الاستحقاق فی صوره إطلاق الرد غير بعيد) و إن جعله علی الإيصال إلی بلده أو إلی منزله استحقه.

المسأله ۵: إذا تحقق الفسخ أو البطلان فی أثناء العمل

فان کان العمل ذا أجزاء و قصد المالک التوزيع توزع المسمی علی ما مضی و ما بقی بالنسبه و إلا فاجره المثل لما مضی.

المسأله ۶: إذا اختلفا فی اصل الجعاله

بان ادعی العامل و انکره المالک و ادعی التبرع أو فی تعيين المجعول فيه بان قال المالک ان المردود ليس هو المجعول فيه و ادعاه العامل أو قال جعلت الرد من بغداد فقال العامل بل من البصره (أو فی السعی) بان قال المالک حصل فی يدک قبل الجعل أو قبل العلم به أو من غير سعی (أو فی قدر الجعل) فالقول قول المالک بيمينه و لوز اختلفا فی جنس المجعول مع اختلافه بالقيمه أو تساويه فان کان بعد الجعل تحالفا و ثبت أجره المثل و ان کان قبله فالعمل علی قول (و هو فی الحقيقه فسخ و جعل مستانف) المالک لا العامل.

الکتاب العاشر فی السبق و الرمايه

اشاره

و قد شرعا للتمرن علی القتال و النضال و الأصل فيهما قوله صلّی الله عليه و آله و سلَّم لا سبق إلا فی نصل أو خف أو حافر و الکلام فی السبق تاره و الرمايه أخری:

(أما السبق)

اشاره

فالنظر فی الألفاظ الواقعيه فيه و العقد و المتسابقين و ما يتسابق به و العوض و الأحکام.

(اما الألفاظ) فافراس الرهان عشره:

اشاره

(الأول) السابق

و هو الذى يتقدم بالعنق أو بالكتد بفتح الفوقانيه أو كسرها و الفتح اشهر مجمع الكتفين بين أصل العنق و الظهر و يسمى المجلى لأنه جلى هم صاحبه.

(الثانى) المصلى

و هو الذى يحاذى رأسه صلوى السابق و هما العظمان النابتان عن يمين الذنب و شماله.

(الثالث) التالى.

(الرابع) البارع

لأنه برع المتأخر عنه أى فاقه.

(الخامس) المرتاح

من الارتياح و هو النشاط.

(السادس) الحظى

كسمى من الحظ فإنه صار ذا حظ فى مال الرهان.

(السابع) العاطف

من العطف بمعنى الميل.

(الثامن) المؤمل

مبنيا للفاعل لأنه يؤمل اللحوق بالسوابق.

(التاسع) اللطيم فعيل

بمعنى مفعول لأنه يلطم إذا أراد الدخول إلى الحجره الجامعه للسوابق.

(العاشره) السكيت

ككميت لسكوت صاحبه إذا قيل لمن هذا و ليس لما بعد العاشر اسم إلا الفسكل كقنفذ أو بكسر الفاء و الكاف فانه آخر فرس يجى ء فى الرهان.

(و السبق)

بسكون الباء المصدر و بالتحريك العوض و هو الخطر بالخاء المعجمه و الطاء المهمله المفتوحتين و الندب و الرهن.

(و الغايه)

مدى السباق.

(و المحلل)

هو الذى يجرى فرسه بين المتراهنين أو إلى أحد الجانبين كالناظر عليهما لقطع تنافرهما فان سبق اخذ و ان سبق لم يغرم و سمى محللا لتحريم العقد بدونه عند من يرى شرطيته.

(و أما العقد)

فلا بد فيه من ايجاب و قبول على حد غيره من العقود و هو اصل بنفسه متعلقه اجراء الخيل و شبهها لمعرفه الاجود منها و الافراس من المتسابقين و القول برجوعه إلى الإجاره و الجعاله ضعيف و خصوصيه كل من الفرس و الفارس

ملحوظه فيه فلو مات أحدهما قبل العمل أو فى أثنائه بطل و لو سبق أحدهما او ظهرت امارته فليس للمسبوق الفسخ و هل يجوز قبل ذلك وجهان اوجههما الثانى فبتماميه العقد يملك كل منهما على الآخر العمل و ان كان لا يملك العوض إلا بالسبق.

(و أما المتسابقان)

فيعتبر فيهما الكمال بالبلوغ و العقل و الرشد و الاختيار و الحريه و الذكوره فلا تصح المسابقه من النساء.

(و اما الفلس)

فان جعلا فى أعيان المال منع و ان جعلاه فى الذمه لم يمنع و لا يشترط المحلل لكن لو جعلاه بينهما جاز.

(و أما ما يتسابق به)

فهو كل ما له خف أو حافر و يدخل فى الأول الإبل و الفيله و فى الثانى الخيل و البغال و الحمير اما الطيور و السفن و العدو و المصارعه و رفع الأحجار و رميها و الكتابه و نحوها فعقد المسابقه غير مشروع فيها لا مع العوض و لا مع عدمه و فى جواز إيقاعها بغير عقد المسابقه إذا تعلق بها غرض صحيح و لم تشتمل على عوذ وجه ليس بالبعيد (و يشترط) تعيين ما يسابق به بالمشاهده فلاـ يكفى الوصف و لو أطلق بطل و مع التعيين لاـ يجوز الإبدال- و تساوى ما به السباق- فى احتمال السبق و ان ترجح فى أحدهما فلو كان أحدهما ضعيفا يعلم قصوره عن الآخر بطل- و فى الجنس- فلا تجوز المسابقه بين جنسين كالخيل و البغال و لو تساويا جنسا لا صنفا كالعربى و البرذون جاز- و تعيين- المسافه ابتداء و انتهاء فلو استبقا بغير غايه لينظر أيهما يقف لم يجز كونهما بحيث يحتمل الفرسان قطعها و لا ينفعان دونها و إلا بطل- و ارسالهما- دفعه فلو ارسل أحدهما قبل الآخر ليعلم هل يدركه الآخر أم لاـ لم يجز و يلزمه اشتراط التساوى فى الموقف فلو كان أحدهما اسبق لم يجز- و الاستباق- عليهما فى الركوب فلو عقدا على ارسالهما بانفسهما بطل.

(و اما العوض)

فيعتبر تعيينه قدراً و جنساً و وصفاً و أن يكون متمولًا عرفا و مملوكا شرعا و يصح أن يكون عيناً و ديناً حالا و مؤجلًا و أن يبذله المتسابقان أو أحدهما أو غيرهما و من بيت المال و جعله للسابق منهما أو منهما و من المحلل و

للمحلل خاصه ان سبق و لا یجوز جعله لأجنبی و لا للمسبوق و لا القسط الاوفر للاحق و الأقل للسابق و لو عکس جاز.

(و أما الأحکام)

اشاره

ففیها مسائل:

المسأله ۱: إذا سبق أحدهما ملک العوض و کان له التصرف به کیف شاء

فله أن یختص به و له أن یطعمه أصحابه و لو شرط فی العقد اطعامه لهم نفذ.

المسأله ۲: یجوز ضمان العوض و الرهن علیه بعد السبق

و أما قبله ففی الصحه اشکال اقربه ذلک.

المسأله ۳: إذا فسد العقد

فان کان الفساد لجعل العوض ما لا یتمول عرفا أو شرعا کالخمر و الخنزیر لم یستحق السابق شیئا و إلا استحق أجره المثل و کذا لو ظهر مستحقا للغیر و لم یجز المالک اما إذا أجاز جاز.

المسأله ۴: إذا قالا من سبق منا و من المحلل

فله العوضان فمن سبق من الثلاثه فهما له فان سبقا فلکل ماله و عن سبق أحدهما و المحلل فللسابق ماله و نصف الآخر و الباقی للمحلل.

(و أما الرمایه)

اشاره

فهی فی العقد و المتعاقدین و العوض و الأحکام کالسبق و یبقى النظر فی الألفاظ و ما یترامی به.

(اما الألفاظ)

فالرشق بفتح الراء الرمی و بالکسر عدده و یوصف السهم (بالحابی) و هو الذی یضرب الأرض ثمّ یصیب الغرض و هو المزدلف (و الخاصر) و هو ما أصاب أحد جانبی الغرض مأخوذ من الخاصره (و الخاصل و هو المصیب للغرض کیف کان) (و الخازق) و هو ما خـدشه ثمّ وقع بین یدیه (و الخاسق) و هو ما فتح الغرض و ثبت فیه (و المارق) و هو ما نفذ من الغرض و وقع من ورائه (و الخـارم) و هو الـذی یخرم حاشـیته (و الغرض) مـا یقصـد اصـابته و هو الرقعه المتخـذه من قرطـاس أو رق أو جلـد أو خشب أو غیرها- و الهدف- ما یجعل فیه الغرض من

تراب أو غيره- و المبادره- هی أن يبادر أحدهما إلی الإصابه مع التساوی فی الرشق- و المحاطه- هی إسقاطه ما تساويا فيه من الإصابه.

(و اما ما يترامی به)

فهو النصل و هو السيف و الرمح و السهم مريشا و غير مريش و المريش هو المراد من الريش المذكور فی بعض أخبار الباب تسميه لكل باسم جزئه لا الطيور فلا يجوز الترامی بغير ذلک كالعصا و ان كانت محدوده- و يشترط- تعيين عدد الرمی و عدد الإصابه و صفه السهام و لو اطلقا حمل علی الخواصل- و قدر المسافه- بالمشاهده أو التقدير بذراع و نحوه و قدر الغرض و كيفيه وضعه من الهدف- و تعيين- الرماه و جنس الآله و تماثلها فيه- و لا يعتبر- التعيين و لا التماثل فی شخصها بل لو عينه لم يتعين علی المشهور لكن القول بتعينه حينئذ ليس بالبعيد و لو لم يعينا الجنس انصرف إلی المتعارف فان اختلف بطل و كلما يعتبر تعينه لو عينه فتلف انفسخ العقد و ما لا يعتبر يجوز ابداله لعذر و غيره ما لم يعينه و الا فلا علی الأقوی و لو تلف قام غيره مقامه- و التساوی فی عدد الرمی- و عدد

الإصابه و صفتها و سائر أحوال الرمی فلو اختلفا فی شی ء من ذلک بطل- و إمكان- الإصابه المشترطه فلو امتنعت عاد كإصابه مائه علی التوالی أو وجبت كذلک كإصابه الحاذق واحدا من مائه لم يصح و لا يشترط تعيين المبادره و لا المحاطه إذا كان هناک انصراف لأحدهما و الا اشترط و لا يبعد انصراف الإطلاق إلی المحاطه فان العقد علی اصابه خمسه من عشرين ظاهر فی خلوص اصابه خمسه من كمال العشرين لأحدهما فی ذلک و لو قبل الكمال.

الكتاب الحادی عشر فی المضاربه

اشاره

و هی أن يدفع مالا- إلی غيره ليعمل فيه علی أن يكون الربح مشتركا بينهما اما لو اشترطه اجمع للمالک فبضاعه و لو اشترط اجمع للعامل فقرض و مداينه و لو لم يشترط شيئا فكله للمالک و للعامل أجره المثل- و المضاربه- مفاعله من الضرب فی الأرض لأن العامل يضرب فيها لابتغاء الربح بتسبيب المالک فكان الضرب صادرا عنهما و أهل الحجاز يسمونها قراضا من القرض بمعنی القطع كأن صاحب المال اقتطع

منه قطعه و سلمها إلی العامل- و هی مشتمله- علی استیمان و توکیل و معاوضه و المعاوضه فیها شبیهه بالإجاره فالمالک کالمستأجر و العامل کالاجیر و العمل کالمستأجر علیه و الربح کالاجره و رأس المال محل العمل- فالنظر- فی العقد و المتعاقدین و العمل و الربح و رأس المال و الأحکام.

(اما العقد)

فلابد فیه من ایجاب و قبول و الصریح ضاربتک أو قارضتک علی ان الربح بیننا متساویا أو متفاضلا فیقول قبلت أو شبهه و تجری فیها المعاطاه و جمیع ما جری فی العقود السابقه حتی شرطیه التنجیز علی المشهور لکن لو علق التصرف دون اصل العقد صح قطعا.

(و اما المتعاقدان)

فیعتبر فیهما الکمال بالبلوغ و العقل و الرشد و الاختیار و الحریه

(و اما الفلس)

فهو قادح فی المالک دون العامل و لو ضارب المالک فی مرض موته صح و ملک العامل الحصه و لو کانت أزید من أجره المثل سواء قلنا بکون منجزاته من الأصل أو الثلث- و یعتبر- فی الموجب ان یکون مالکا للمضاربه فی ذلک المال بملکیه له أو وکاله عن مالکه أو ولایه علیه و لو کان فضولیا و قف علی الإجازه- فان لم یجز و تلف المال فی ید العامل أو خسر فله الرجوع علی کل منهما فان رجع علی الفضولی رجع الفضولی علی العامل و ان رجع علی العامل لم یرجع العامل علی الفضولی إلا إذا کان مغرورا- و ان ربح- فالربح للمالک إذا أجاز المعاملات الواقعه علی ماله و للعامل أجره المثل علی الفضولی إذا کان مغرورا و الا فلا و إذا لم یربح فلا أجره له مطلقا و یجوز تعددهما و اتحادهما و تعدد أحدهما خاصه و یکره مضاربه الذمی بل کل من لا یؤمن احترازه عن الحرام.

(و اما العمل)

فهو التجاره و هی الاسترباح بالبیع و الشراء لا بالحرف و الصنائع فلو دفع إلیه مالا لیصرفه فی الزراعه أو فی شراء بستان أو قطیع غنم و یکون النماء بینهما لم یکن قراضاً و ان صح للعمومات و لواحق التجاره کالنقل و الکیل و الوزن و نحوها بحکمها و یتولی العامل مع الإطلاق ما یتولاه المالک من عرض المتاع و

نشره و طيه و احرازه و بيعه و قبض ثمنه و حفظه و يستأجر لما جرت العاده بالاستيجار له كالدلال و الوزان و الحمال و لو استأجر لما تجب مباشرته فالاجره عليه و لو باشر ما يستأجر له فلا أجره له إذا قصد المجانيه و الا استحق.

(و أما الربح) فشروطه أربعه:

(الأول) تعيينه بالنصف أو الثلث و نحوهما

فلو قال على ان لک مثل ما شرطه فلان لعامله و لم يعلمه أحدهما بطل و لو قال على ان الربح بيننا فهو تنصيف و كذا لو قال خذه على النصف أو على ان لک النصف و ان سكت عن حصته بل و على ان لى النصف و ان سكت عن حصه العامل و لو قال خذه على الربع أو الثلث صح و كان التقدير للعامل.

(الثانى) أن يكون مخصوصا بالمتعاقدين على المشهور

فلو شرط جزء منه لأجنبى فان كان عاملا صح و إلا بطل إلا إذا كان مملوكا لأحدهما فيصح و ان لم يعمل و لو قيل بصحه الشرط للأجنبى مطلقا لم يكن بعيدا.

(الثالث) أن يكون مشتركا بينهما لا مختصا بأحدهما

فلو قال خذه قراضا على ان الربح لک أولى بطل اما لو قال خذه فاتجر به على ان الربح لک كان قرضا و لو قال على ان الربح لى كان بضاعه.

(الرابع) أن يكون مشاعا بينهما

فلو قال على ان لک من الربح مائه و الباقى لى أو بالعكس أو على ان لک ربح هذه الالف و لى ربح الأخرى أو لک نصف الربح إلا عشره دراهم أو و عشره أو على ان لى ربح إحدى السلعتين أو السفرتين أو تجاره شهر كذا أو على ان لک مائه و الباقى بيننا بطل و لو قال على ان لک نصف ربحه صح و كذا ربح نصفه فيكون له له ربح نصف ما عمل به و ربح فلو لم يعامل الا بالنصف أو لم يربح الا النصف كان بينهما.

(و أما رأس المال) فشروطه أيضا أربعه:

(الأول) ان يكون من أحد النقدين الذهب و الفضه

مسكوكا بسكه المعامله على المشهور فلا يصح ابتداء المضاربه بالعروض و لا بالفلوس و لا بالسبائک من النقدين

اما الدراهم المغشوشه فان كانت مما يتعامل بها كالشاميات و نحوها جاز و إن كان فيها خليط اما إذا كانت قلبا يجب كسرها لم يجز و لو دفعه شبكه للصائد بصحه فالصيد للصائد و عليه أجره الشبكه و لو قوم عرضا و شرط للعامل حصه من ربحه كان الربح للمالك و للعامل الأجره و لو قال بع هذه السلعه فإذا نض ثمنها فهو قراض لم يصح لان المال ليس بمملوك عند العقد الا إذا وكله على تجديده عند نض الثمن و لو مات رب المال و بالمال متاع فاقره الوارث لم يصح لان الأول بطل و لا يصح ابتداء القراض بالعروض.

(الثانی) ان یکون عینا

فلا يصح القارض بالمنفعه و لا الدين الا بعد قبضه فلو كان له دين على العامل فان اذن له في عزله و جعله قراضا أو على غيره فاذن له في قبضه و المضاربه به فان وكله على تجديد العقد بعد العزل و القبض صح و الا فلا و لو جعل المال قرضا إلى أمد و بعده قراضا لم يصح القراض و صح القرض و لو عكس انعكس و لو كان له عين يصح قراضها عند العامل أو غيره وديعه أو عاريه أو غيرهما مضمونه بغصب أو غيره أو غير مضمونه فجعلها قراضا صح و يزول بالعقد لتبدل اليد.

(الثالث) ان یکون معینا معلوما قدرا و وصفا

فلو احضر مالين و قال قارضتك على أحدهما و الآخر قرض و لم يعين أو قارضتك على أيهما شئت لم يصح و لا تكفى المشاهده و ان زال بها معظم الغرر و لا يعتبر أن يكون مفروزا فلو قارض بالمشاع صح كما لا يعتبر ان يكون متشخصا فلو أوقع العقد على كلى فى المعين أو فى الذمه ثمّ عينه فى فرد صح.

(الرابع) ان یکون بمقدار یقدر العامل علی التجاره به

فلو اخذ ما يعجز عنه ضمن و لا يعتبر تسليمه بيد العامل فلو شرط المالك بقاءه بيده أو ان يكون مشاركا فى اليد جاز.

(و أما الأحکام)

اشاره

ففيها مسائل:

المسأله ۱: تصرفات العامل فی المال تابعه لإذن المالک

تعمیما و تخصیصا فی نوع التجاره و مکانها و زمانها و من یشتری منه و یبیع علیه نقدا أو نسیئه بثمن المثل أو اقل أو أزید بعین المال أو فی الذمه أو علی نحو الکلی فی المعین سفرا أو حضرا و غیر ذلک فان عمم أو خصص فذاک (اما إذا أطلق) فالعمل علی المتعارف بین التجار فی تحصیل الأرباح فلا یجوز الشراء بأزید من ثمن المثل و لا البیع بأقل منه مما لا یتغابن به الناس و لا بغیر نقد البلد من نقد آخر أو عروض و لا النسیئه و السلم الا مع المصلحه و یجوز الشراء و البیع بالذمه علی نحو الحلول و دفع المال وفاء کما هو المتعارف و یقصد ذمه المالک فلو تلف المال قبل الوفاء وجب علی المالک الوفاء من غیره و یجوز علی نحو الکلی فی المعین فلو تلف المال اجمع قبل القبض لم یجب الوفاء من غیره و ینفسخ العقد.

المسأله ۲: إذا تجاوز العامل ما حدده له المالک

تنصیصا أو تبادرا من الإطلاق فهلک المال فهو له ضامن و ان وضع فالوضیعه علیه و ان ربح فهو بینهما علی الشرط سواء کان تجاوزه عن عمد أو جهل أو نسیان أو خطأ فی طریقه التجاره بان اشتری ما لا مصلحه فی شرائه فی ذلک الوقت.

المسأله ۳: نفقه العامل فی السفر کملا لا خصوص ما زاد علی الحضر من اصل المال

من مأکول و ملبوس و مشروب و مرکوب و آلات ذلک و أجره مسکن و نحوها مراعیا ما یلیق به مع الاقتصاد فان اسرف حسب علیه و ان قتر لم یحسب له و إذا عاد من سفره فما بقی من اعیانها و لو من الزاد یرد إلی التجاره و لو شرط عدمها لزم و لو اذن له بعد اشتراط العدم فهو تبرع محض یجوز الرجوع فیه اما لو اسقط الشرط فلا رجوع و لو شرطها فهو تاکید و لا یعتبر فی استحقاقها ظهور ربح بل ینفق من رأس المال إذا لم یربح نعم لو ربح بعد ذلک احتسب منه و اعطی المالک تمام رأس ماله و لو مرض فی أثناء السفر فان لم یمنعه من التجاره استحق و الا فلا و علی الأول فلیس منها ما یصرفه للبرء من مرضه و لو مات فکفنه و سائر مؤن تجهیزه علیه لا فی اصل المال و لو انتزع المال منه فی السفر فنفقه العود علیه و کذا نفقه الحضر أو السفر الذی

لم يؤذن فيه عليه (و المدار على السـفر العرفى لا الشـرعى) فينفق من رأس المال و لو كان دون المسافه أو أتم الصـلاه فيه لقصد إقامه أو غيره و لو اقام بعد تمام التجاره لغرض آخر غير متعلق بها كتحصـيل مال له أو لغيره أو نحو ذلك فنفقته على نفسه سواء لم يشـتغل بما يتعلق بالتجاره أصـلا أو اشـتغل و لكن بالتبع (و لو كان السـبب فى اقامته أمر متعلق بالتجاره) و كان الغرض الآخر بالتبع فنفقته من اصل المال- و لو تركب السبب منهما- قسط سواء كان كل منهما أو انفرد سببا تاما أم لا و هكذا لو تعدد أرباب المال كما لو كان عاملا لاثنين أو أزيـد أو عاملا لنفسه و لغيره و هل التقسـيط حينئذ على نسـبه المالين أو العملين قولان أقواهما الثانى.

المسأله ۴: ليس للعامل ان يشترى بمال القراض من رب المال شيئا

لاـن المـال له و لاـ مـا فيه ضـرر عليه كمن ينعتق عليه فلو اشتراه بـدون اذنه و قف على اجازته سواء كان عالما بكونه ممن ينعتق عليه أم لاـ و لو اذن له فى شـرائه أو أجـاز صـح و انعتق و بطلت المضـاربه فى ثمنه و صـار البـاقى رأس المـال ان كـان و للعامل الأجره سواء ظهر فيه ربح أم لا- و لو اشترى العامل- اباه أو غيره ممن ينعتق عليه صح إذ لا ضرر على المالك فان لم يربح أصلا كان المملوك من مال القراض و ان ربح حال الشراء أو بعده انعتق نصيبه و سعى الأب فى الباقى و ان كان مؤسرا و لو كان رب المال امرأه فاشترى زوجها فان لم يكن باذنها و لا اجازتها بطل و إلا صح و بطل النكاح و كذا لو اشترى زوجه رب المال.

المسأله ۵: ليس للعامل وطى أمه القراض بدون اذن المالك

و ان ظهر الربـح فان فعل كان زانيا ان كان قبل حصول الربح و لم تكن شـبهه حد كاملا و عليه المهر و ولده رقيق و لا تصـير أم ولـد و ان كان بعـد حصول الربح حد بقدر نصـيب المالك و انعقد الولد حراً و هى أم ولد و عليه للمالك قيمتهما- و لو اذن له المالك- جاز سواء كان قبل الشـراء أو بعده قبل حصول الربح أو بعده و يجوز للمالك الوطى قبل حصول الربح أو الشك فيه و اما بعده فيقف على اذن العامل فان اذن له جاز.

المسأله ۶: لیس للعامل التوکیل أو الاستیجار فی اصل التجاره بدون اذن المالک

الا فی المقدمات التی جرت العاده فیها بذلک و لیس له ان یأخذ من آخر مضاربه ان تضرر الأول الا باذنه فان فعل و ربح فی الثانیه لم یشارکه الأول- و لیس له مضاربه غیره- فی مال المالک الا باذنه فان ضاربه بغیر اذنه فان أجاز المالک صح و الا بطل فان قبض الثانی و لم یربح و لم یتلف منه شی ء رده علی المالک و لا شی ء له و لا علیه و ان تلف فی یده فللمالک الرجوع علی أیهما شاء فان رجع علی الأول رجع الأول علی الثانی مع علمه لاستقرار التلف فی یده لا مع جهله لغروره و ان رجع علی الثانی رجع الثانی علی الأول مع جهله لا مع علمه و ان ربح فان أجاز المالک التجاره کان الربح کله له و رجع الثانی علی الأول باجره المثل مع الجهل لا مع العلم و ان ضاربه باذنه فان کان بجعل الثانی عاملا للمالک انفسخت مضاربه الأول و لیس له من الربح شی ء الا إذا کان قد عمل و حصل ربح فیستحق حصته و لیس له ان یشترط علی الثانی شیئا من الربح لانه لا مال له و لا عمل و لو جعل الحصه للثانی اقل مما جعل له کان التفاوت للمالک و ان کان یجعله شریکا معه فی الحصه و العمل فالعمل علی ما قرر أو ان کان بجعله عاملا للعامل الأول من دون ان یشارکه فی العمل بطل.

المسأله ۷: لا یصح لرب المال الشراء من مال القراض

لانه ماله الا إذا ربح فیشتری حصه العامل و یصح للعامل الشراء منه قبل الربح فان ظهر ربح بطل البیع فی نصیبه منه و بعده فیما عدا مقدار حصته منه و لا- یصح لرب المال الأخذ بالشفعه فیما اشتری بمال القراض و یصح للعامل فإذا اشتری العامل بمال المضاربه حصه أجنبی من دار مشترکه بین الأجنبی و المالک لم یشفع المالک لان الشراء له و لو کانت مشاعه بین الأجنبی و العامل شفع العامل.

المسأله ۸: القراض عقد جائز من الطرفین

لکل منهما فسخه قبل الشروع فی العمل و بعده قبل حصول الربح و بعده نض المال أو کان به عروض الا إذا شرط فیه أو فی عقد آخر لازم عدم فسخه إلی أمد معین أو إلی ان ینض المال فیلزم اما لو اشترطه فی ضمن عقد جائز کما لو اشترط فی عقد قراض عدم فسخ قراض آخر سائق علیه

فیجب العمل بالشرط ما دام ذلک العقد الجائز باقیا فإذا فسخه سقط الوجوب (و إذا ضارب اثنان واحدا) فی عقد واحد ثمّ فسخ أحدهما فهل تبقی فی حصه الآخر مطلقا أو یفصل بین ما إذا کان المال مشاعا فتنفسخ أو متمیزا فتبقی وجوه أقواها اولها (و لو اشترط القراض فی عقد لازم) وجب إیقاعه و لا یخرج عن الجواز فیجوز لکل منهما فسخه و لو شرط عمله علی العامل علی نحو شرط النتیجه لم یجز للعامل الفسخ.

المسأله ۹: إذا مات المالک أو العامل بطل القراض

و کذا إذا جن أحدهما و لو ادواریا أو اغمی علیه و لو فی زمان قصیر أو صار سفیها أو صار المالک مفلسا دون العامل و ان حجر علیه فی مقدار حصته من الربح و یبطل أیضا بتلف رأس المال بتمامه أو عدم امکان العمل فیه.

المسأله ۱۰: إذا فسخ القراض أو بطل بموت أو غیره

فان کان قبل الشروع فی العمل اخذ المالک المال و لا شی ء للعامل و لا علیه و الا فان کان المال قد نض و لا ربح فیه و لا خسران فکذلک لا- شی ء للعامل و لا علیه الا إذا اشترط علی المالک اجرا إذا لم یربح بل و کذا مع الخسران الا إذا اشترط المالک علیه کونه بینهما و لا یضمن العامل ما صرفه من رأس المال فی نفقته للسفر المأذون فیه و ان کان الفسخ منه (و ان لم ینض لمال) و کان فیه دیون و عروض فلیس للعامل التصرف فیها ببیع و غیره بدون اذن المالک و لا علیه تقاضی الدیون و لا انضاض العروض و ان کان الفسخ منه و لا علی المالک الإجابه الی بیع العروض لو طلبه العامل و لا علی العامل لو طلبه المالک سواء وقع الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح أو بعده احتمل تحقق ربح بهذا البیع أم لا و جد زبون راغب فی شرائه بأزید من قیمته أم لا- نعم بعد حصول الربح یکون المال مشترکا بینهما فاما ان یقتسماه أو یبقی علی الإشاعه و لا یجب علی العامل بعد الفسخ أو الانفساخ أزید من التخلیه بین المالک و ماله فلو نقله إلی بلد آخر باذنه لم یجب الرد إلیه و لو احتاج إلی أجره لم تکن الأجره علیه و لو کان بغیر اذنه وجب علیه و لو مات المالک أو العامل قام وارثه مقامه فی جمیع ما ذکر.

المسأله ۱۱: یملک العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره

من غیر توقف علی انضاض أو قسمه أو فسخ لا نقلا و لا کشفا فجبر الخسران بالربح یوجب الخروج عن ملکیته بعد الدخول لا انه یکشف عن عدمها من الأول و حینئذ فیترتب علیه جمیع آثار الملکیه من الإرث و نفوذ التصرف ببیع و غیره و جواز المطالبه بالقسمه و تعلق الخمس و الزکاه و حق الغرماء و وجوب صرفه فی أداء الدین مع المطالبه و الاستطاعه للحج و نحو ذلک (لکن إنما یملکه بذلک) ملکا متزلزلا لا یستقر الا بانتهاء القراض و الا فالربح وقایه لرأس المال یجبر به ما یقع من تلف أو خسران سواء کان الربح و الخسران فی مره أو مرتین فی صفقه أو صفقتین فی سفره أو سفرات کان الربح سابقا علی الخسران أو لاحقا فی جمیع المال أو بعضه أو بالاختلاف فلو اتجر بالجمیع فربح ثمّ اتجر بالبعض فخسر جبر و کذا العکس (و لو استرد المالک) بعض مال القراض بعد الخسران فربح أو بعد الربح فخسر جری الجبر فی الجمیع فلو کان مال القراض مائه فخسر عشره و اخذ المالک عشره ثمّ ربح عشره جبرت العشره بالعشره و لم یبق للعامل شی ء و کذا لو ربح أولا عشره و اخذ المالک عشره ثمّ خسر عشره (و إذا نض قدر الربح فقط) فطلب أحدهما قسمته فان اجابه الآخر صح لانحصار الحق فیهما و ان امتنع فان کان العامل جبر و ان کان المالک لم یجبر فلو اقتسماه و بقی رأس المال عند العامل فخسر فان ربح بعده جبر و الا رد العامل اقل الامرین من مقدار الخسران و ما أخذ من الربح (و یشترط فی الجبر) اتحاد المضاربه فلو تعددت و لو من مالک واحد فلا جبر و لو ضاربه علی مقدار فدفع إلیه نصفه فاتجر به ثمّ دفع إلیه النصف الآخر فواحده اما لو زاده فی الأثناء علی ما وقعت علیه المضاربه فاشکال و لو ضارب اثنین بمال واحد فی عقد واحد فان میز حصه کل منهما لم یشترکا فی ربح أو خسران أو جبر الا إذا شرطاه و الا اشترکا و ان اخذ کل منهما مقدارا منه الا إذا اشترطا عدمه (و لا ینتهی القراض) الا بارتفاع العقد و قسمه الربح فلا یکفی الانضاض وحده و لو لجمیع المال و لا القسمه وحدها و لا هما معا مع بقاء العقد و لا ارتفاع العقد فقط إذا لم تتحقق قسمه اما إذا ارتفع العقد بفسخ أو انتهاء أمد أو بطلان بموت أو غیره و قسم

الربـح فقـد انتهى القراض و اسـتقرت ملكيه العامـل لحصـته سواء نض المـال أم لا قلنا بوجوب الانضاض على العامل أم لا قبض المالـك ماله و العامل حصـته أم لا حتى لو فسـخ العامل فى بلـد العمل التى سافر إليها و قسم الربـح ثمّ تلف المال أو بعضه قبل الوصول إلى المالـك فلا۔ جبر- و كمـا ان بقاء القراض- ببقاء عقـده أو بقاء الإشاعه يوجب خروج الربـح عن ملكيه العامل و لو تجدد تلف أو خسـران فكذا يوجب ملكيته للربح المتجدد كما إذا زادت قيمه المتاع قبل القسمه و لو بعد الفسخ أو قبل الفسخ و لو بعد القسـمه (و الزيادات العينيه) كالتمر و النتاج محسوبه من الربح و كذا بدل منافع الدواب و مهر وطى الجوارى حتى لو وطأ المالك حسب عليه مقـدار العقر (و لا فرق) فى الخسـران بين وضـيعه سوق أو طريان عيب أو ضـريبه من ظالم أو غيرها (كما لا فرق فى التلف) بين ان يكون للمال أو للعوض كلا أو بعضا بحرق أو غرق أو تلف فى يـد ظالم أو سارق أو نحوهما مما يوجب الضـمان أو يـد و دعوى و نحوه مما لا يوجبه نعم بعـد حصول العوض من الضامن يـدخل فى جمله المال (كما لا فرق فى تلف البعض) بين كونه بعد الشروع فى التجاره أو قبله بعد الدوران فيها أو قبله و كذا تلف الكل إذا كان بعد الشروع فى التجاره سواء كان بعـد الدوران فيه أو قبله كم لو اذن له فى الشـراء فى الذمه فاشترى ثمّ تلف المال و نقد الثمن من غيره ثمّ ربح المبيع (و اما إذا كان قبل الشـروع فيها) كما إذا تلف المال فى البلـد قبل ان يسافر فى أثناء السـفر قبل الشـروع فى التجاره بطل القراض لزوال موضوعه (و امـا الإتلاـف) فـان كان من المالك كان بمنزله الاسترداد يبطل به القراض فلو كان بعـد ظهور الربـح ضـمن للعامل حصته و ان كان من العامل أو أجنبى بقى القراض فى العوض.

المسأله ۱۲: عقد القراض قابل للشروط الصحيحه

فلو اشترط أحدهما على الآخر قرضا أو قراضا أو بضاعه أو بيعا أو مالا أو عملا صح و كذا لو اشترط المالك على العامل ضـمان المـال أو كون الخسـران بينهما أو اشترط العامل على المالك عـدم جبر الربـح للخسـران مطلقا أو على نحو خاص (فإذا تخلف) الشرط فللمشروط له فسخ العقد فيرجع الربح لو كان إلى المالك و يستحق العامل عليه أجره المثل و بذلك يفترق

عن الفسخ التفرع على جواز العقد فانه لا يؤثر فی الربح الحاصل و إنما يؤثر فی ابطال الاستمرار.

المسأله ۱۳: العامل امين لا يضمن ما يتلف فی يده إلا بتعد أو تفريط أو شرط للضمان

سواء كان العقد صحيحا أو فاسدا لا إذا كان الفساد لعدم اهليه المالك لصغر أو جنون و نحوهما و سواء كان التلف حال وجود العقد أو بعد ارتفاعه بموت المالك أو فسخه و يضمن بالإتلاف (و إذا ضمن لم يبطل العقد) بل يبقى على حاله و يستحق ما شرط له و لو قضت المصلحه بيع المتاع فاخر ضمن الوضيعه و لو أمره المالك بالسفر فترك أو نهاه ففعل ضمن حتى الوضيعه الحاصله من ذلك.

المسأله ۱۴: إذا كان القراض فاسدا نفذت تصرفات العامل بمجرد الإذن

كالوكيل و الربح بأجمعه للمالك الا إذا كان الإذن مقيدا بصحه المضاربه فتقف التصرفات على الإجازه فان أجاز أو لم يكن الإذن مقيدا فعليه أجره المثل للعامل سواء ظهر ربح أو لا و سواء كانا عالمين أو جاهلين أو مختلفين الا إذا كان الفساد من جهه جعل الربح كله للمالك كأن يقول قارضتک و الربح كله لی فلا أجره له لإقدامه على المجانيه.

المسأله ۱۵: إذا مات المالک قدمت حصه العامل على الغرماء

و إذا مات العامل و فی تركته أموال قراض فان علم مال احدهم بعينه فهو أحق به و ان جهل و كانت أموال القراض متميزه كانوا فيها سواء بالنسبه و ان امتزجت مع ماله فهم شركاء مع الورثه بالنسبه و يقدم أرباب القراض على الغرماء (اما إذا لم يعلم بوجودها فی تركته فان علم بتحقق سبب للضمان و لو من حيث تفريطه بعدم الايصاء به عند ظهور امارات الموت ضمن و تحاص المالک مع الغرماء و الا قضى بجميع التركه ميراثا و لا ضمان سواء علم ببقائه فی يده الا ما بعد الموت أم لا.

المسأله ۱۶: إذا اشترى العامل أو باع فی ذمه المالک فهلک المال

فالدين فی ذمه المالک (مع اذنه و الا فهو على ذمه العامل) ثمّ ان لم يتبين للغريم ذلک فليس له الرجوع الا على العامل و يرجع العامل على المالک و ان تبين له فله الرجوع على كل منهما

فان رجع على العامل رجع العامل على المالک و لا فرق بین علمه بذلک حال العقد أو بعده.

المسأله ١٧: تجوز الوصیه بالمضاربه فی الثلث

بان یتجر الوصی به أو یدفعه إلی غیره مضاربه و یصرف حصه المیت فی المصارف المعینه و بالمضاربه فی حصص القصر من أولاده و یجوز للولی الاتجار بنفسه بمال المولی علیه علی نحو المضاربه لإیقاع عقدها أو بمجرد القصد و إعطائه للغیر مضاربه مع الغبطه و الامن من التلف.

المسأله ١٨: إذا اوقع المضاربه بعنوان الجعله

صح و لم تشترط فیها شروط المضاربه و کذا لو شرطها فی ضمن عقد لازم علی نحو شرط النتیجه و تلزم.

المسأله ١٩: المدار فی رأس المال عند الإطلاق علی عین الدراهم أو الدنانیر التی قبضها العامل

فلو نزلت قیمتها بعد الشراء کان التفاوت ربحا و لو زادت کان خسرانا فیحصل الربح فی المتاع بمجرد نزولها و ان لم یزد سعره فی نفسه و یزول الربح الحاصل فیه بمجرد زیاده سعرها إذا استغرقته أو زادت علیه و إن لم یتغیر سعر المتاع فی نفسه و لو اشترطا قیمه یوم الدفع أو یوم الفسخ و الزائد ربح صح.

المسأله ٢٠: فی التنازع

(إذا تنازعا) فی اصل القراض فأنکر حلف المنکر و فی صحته و فساده حلف مدعی الصحه و لو ادعی العامل القرض و لمالک القراض حلف المالک و یحتمل التحالف فللعامل اکثر الامرین من الأجره و المشترط الا ان تزید الأجره علی تمام الربح فلیس له الزائد (و لو ادعی العامل) القراض و المالک الابضاع حلف العامل و یحتمل التحالف فللعامل أقل الامرین من الأجره و المدعی (و لو تلف المال أو خسر) فادعی المالک القرض و العامل القراض أو الابضاع حلف المالک و لو لم یحصل ربح فادعی المالک القراض و العامل الابضاع تحالفا و للعامل الأجره (و إذا تنازعا فی قدر رأس المال مع) وجوده أو تلفه مضمونا حلف العامل سواء کان فیه ربح أم لا ـ و فی تمییز مقدار رأس المال عن مقدار الربح من المال الموجود أو التالف علی وجه الضمان یحلف المالک و لو ادعی المالک التفریط أو الخیانه حلف العامل (و لو ادعی العامل) التلف بسبب ظاهر أو خفی أو الخسران أو عدم الربح أو عدم حصول الدیون

التی فی ذمم الناس أو إيقاع الشراء لنفسه أو للمضاربه فالقول قوله بيمينه سواء كانت الدعوى قبل فسخ المضاربه أو بعده (و لو اقر بالربح ثمّ ادعى) الخسران فان زعم الاشتباه فی اقراره الأول لم يسمع و ان ادعى حصول الخسران أو التلف بعد الربح سمع (و لو ادعى العامل) الإذن فيما لا يجوز الا بالاذن حلف المالك و لو ادعى المالك المنع فيما يجوز الا مع المنع حلف العامل (و لو ادعى المالك القراض) فأنكر العامل فاثبته المالك بالبينه فادعى العامل التلف لم يسمع و لو كان الجواب لا تستحق عندى شيئا سمع (و إذا تنازعا فی) الفسخ فی الأثناء حلف المنكر (و فی الرد و قدر نصيب العامل) من الربح حلف المالك (و فی حصول الربح) أو مقدار الحاصل و فی مقدار النفقه فی السفر أو الحضر إذا شرطها حلف العامل (فرع لو تنازعا) فی انه قرض صحيح أو قراض فاسد فهل يحلف مدعی الصحه أو يتحالفان وجهان أقواهما الثانی.

الكتاب الثانی عشر فی المزارعه و المساقاه

اشاره

و هما عقدان مستقلان و ان كان لها شبهه بالإجاره فان المزارعه ان كانت الأرض فيها من واحد حسب و من الآخر البذر و العمل و العوامل فهی كإجاره الأرض للزراعه بحصه من حاصلها فی أمد معين و ان ملك المالك عليه العمل و إذا كان العمل من أحدهما حسب و الباقی من الآخر فهی كإجاره الشخص نفسه للزرع بحصه من الحاصل فی أمد معلوم و ان ملك العامل على المالك تسليم الأرض و باقی اقسامها يرجع إلى ذلك.

(و اما المساقاه) فهی كإجاره الشخص نفسه لسقی الأشجار و النخيل و ما يلحقها بحصه من ثمرها و ان ملك العامل تسليمها لذلك (و النظر فی العقد) و المتعاقدين و العمل و محله و الحصه و الأمد و الأحكام:

(اما العقد)

فلا بد فيه من ايجاب و قبول و يكفی اللفظ الدال و لو بالقرينه و الصريح فی المزارعه زارعتك و فی المساقاه ساقيتك و لا تعتبر العربيه و لا الماضويه فتكفی الفارسيه و غيرها و الأمر و المستقبل و الجمله الاسميه بقصد الإنشاء و لا يعتبر

تقدیم الإیجاب علی القبول و یصح الإیجاب من کل من المالک و العامل و یکفی القبول الفعلی بعد الإجابه القولی و تجری فیهما المعاطاه و تلزم بالشروع بالعمل.

(و اما المتعاقدان)

فیعتبر فیهما الکمال بالبلوغ و العقل و الرشد و الاختیار و الحریه.

(و اما الفلس)

فهو قادح فی المالک دون العامل إذا لم یکن منه مال و الاقدح و لا یجوز فیهما الإسلام فتجوز مزارعه لکافر و مساقاته مالکا کان أو عاملا علی کراهه.

(و اما العمل)

فهو فی المزارعه الزرع فان عینا نوعا منه تعین و ان عمماه زرع العامل ما شاء و ان اطلقا فان کان هناک انصراف و لو بحسب المتعارف من حیث الزمان أو المکان أو القطر أو خصوص تلک الأرض عمل به و الا فله زرع ما شاء کما فی التعمیم و الأولی تعیینه فی متن العقد بالکم و الکیف و الجنس و غیر ذلک من الخصوصیات التی تختلف باختلافها الاغراض.

(و اما فی المساقاه) فهو السقی و ما یلحق به من الأعمال و قد ذکروا ان الإطلاق یقضی بقیام العامل بکلما یتکرر فی کل سنه مما یعود نفعه بالذات إلی صلاح الثمره أو زیادتها و ان نفع الأصول بالعرض کالحرث تحت الشجر و الحفر ذا احتیج له و البقر التی تحرث و آلات الحرث کالخشبه و المساحی و نحوها و تهذیب الجرید و اغصان الشجر بقطع ما یحتاج إلی قطعه مما یضر بقاؤه بالثمر أو بالأصل یابسا کان أو رطبا و السقی و مقدماته المتکرره کالدلو و الرشا و إصلاح طرق الماء و الحفر التی یقف الماء فیها فی أصول الشجر و تنقیتها و إداره الدولاب و العمل بالناضح و فتح رأس الساقیه و سدها عند الفراغ و نحو ذلک و تعدیل الثمره بتلقیحها و إزاله ما یضرها من الاغصان و الورق لیصل إلیها الهواء و ما تحتاج إلیه من الشمس و لیتیسر قطعها عند الادراک و وضع الحشیش و نحوه فوق العناقید صونا لها عن الشمس المضره بها و رفعها عن الأرض حیث یضرها و لقاطعها بحسب نوعها و وقتها فما یؤخذ للزبیب یقطع فی الوقت الصالح له و ما یعمل دبسا فکذلک و هکذا و إصلاح موضع

التشمیس و نقل الثمره إلیه و تقلیبها و وضعها علی الوجه المعتبر و حفظها علی اصولها و فی بیادرها إلی غیر ذلک من الأعمال.

(و اما المالک)

فیقوم بکلما لا یتکرر کل سنه عاده و ان عرض له فی بعض الأحوال التکرر مما یعود نفعه بالـذات إلی الأصول و ان نفع الثمره بالعرض کبناء الجـدران و حفر الآبار و الانهار و تهیئه الـدولاب أو الابکار و بنائها و نحو ذلک و اختلفوا فی کش التلقیح و بناء الثلم و الشوک علی الجـدران و نحوهـا فی انهـا علی أیهمـا و الأـولی تعیین جمیع ذلـک فی متن العقـد و الا ـفـان کـان هنـاک متعارف اتبع و ان لم یکن فهو علیهما.

(و اما محل العمل)

اشاره

فهو

فی المزارعه الأرض و یعتبر فیها أمور:

(الأول) إمکان زرعها بما وقع علیه العقد

بان کان لها ماء من نهر أو بئر أو مصنع أو تسقیها الغیوث أو زیاده الشطوط کالنیل و الفرات و نحوهما و لم یکن فیها مانع آخر فلو کانت سبخه لا یمکن الانتفاع بها و لو بالعلاج أو کان الماء مستولیا علیها أو منقطعا عنها بطل و ان أمکن العلاج صح ثمّ ان کان الزارع عالما فلا خیار و الا تخیر.

(الثانی) استحقاق المزارع للتصرف بها

علی النحو الـذی توجه إلیه القصـد و تعلق به العقـد سواء کـان بملکیه لهـا أو حق اختصـاص بها کما فی الأراضـی الخراجیه إذا تقبلها من السلطان أو الحاکم الشرعی (أو حق سبق أو تحجیر) فی الموات أو تولیه علیها کما فی متولی الوقف الخاص أو العام أو ولاـیه علی مالکهـا أو وکـاله عنه أو وصـایه أو ملکیه لمنفعتهـا باجـاره أو وصـایه أو وقف خاص علیه أو للانتفاع بها کما إذا استعارها للمزارعه أو اخـذها بعنوان المزارعه فزارع غیره أو شـارک غیره- امـا إذا لم یکن له فیهـا حق أصـلا- کـالموات إذا لم یسبق إلیها باحیاء أو تحجیر و الخراجیه إذا لم یثبت له فیها حق اختصاص لم یجز مزارعتها فان المزارع و العامل فیها شرع سواء و لو کان فضولیا وقف علی الإجازه فان أجاز المالک جاز و صارت الحصه له.

(الثالث) تعيينها و تعيين مقدارها بما يرتفع به الغرر

فلو زارعه فی إحدی القطعتين من دون تعيين بطل و لا يعتبر شخصيتها فلو كانت علی نحو الكلی فی المعين كجريب من هذه القطعه المتساويه الأجزاء أو فی الذمه إذا وصفها بما يرتفع به الغرر صح.

(و اما فی المساقاه) فهو الأشجار و النخيل

و ما يلحق بهما و يعتبر تعيينها و استحقاق التصرف بها كما فی الأرض- و قد اعتبروا فيها- ان تكون ذات أصول ثابته ينتفع بثمرها مع بقاء عينها فلا تصح فی البطيخ و الباذنجان و نحوهما و ان تعددت فيهما اللقطات و لا قصب السكر و لا القطن و ان بقی أزيد من سنه و اختلفوا فيما يقصد زهره كالورد و ما يقصد ورقه كالحنا و التوت و لو قيل بالصحه فی الجميع للعمومات ان لم يكن إجماع لكان وجيها (و اعتبروا) أيضا ان تكون مغروسه فلو ساقاه علی ودی غير مغروس ليغرسه بطل لكن لو اعتبر تبعا للمغروس صح بل لو قيل بالصحه فيه استقلالا إلی مده يثمر فيها لم يكن بعيدا اما لو كان مغروسا فساقاه إلی أمد يثمر فيه صح قطعا و تصح قبل ظهور الثمر و بعده إذا بقی عمل يزيد به الثمر كالحرث و السقی و التأبير دون مثل الحفظ و القطف و الجذ و النقل و نحوها مما لا يستزاد به الثمر فلا يصح مساقاه و يصح إجاره.

(و أما الحصه) فيعتبر فيها أمور:

الأول: كونها مشتركه بينهما تساويا فيها أو تفاضلا

فلو شرط أحدهما الانفراد بها بطل.

الثانی: ان تكون بينهما علی نحو الإشاعه

فلو اختص أحدهما بنوع من الزرع دون صاحبه كان يشترط أحدهما الهرف و الآخر الافل أو ما يزرع علی الجداول و الآخر ما يزرع فی غيرها أو يجعل لأحدهما ثمره نخلات بعينها و للآخر ما عداها أو قرر المالك لنفسه ارطالا معلومه و للعامل ما فضل أو عكس بطل و كذا لو شرط أحدهما لنفسه شيئا معينا و الباقی بينهما لكن لو قيل بالصحه حينئذ لم يكن بعيدا.

الثالث: أن تكون معينه بالنصف أو الثلث أو نحوهما

فلو شرط له حصه مجهوله كالشی ء أو الجزء أو النصیب أو نصفا ان استقی بالناضح و ثلثا ان استقی بالسائح بطل و لو اشترط العامل مع حصه من النماء ملک حصه من الأصل الثابت أو اشترط المالک علی العامل مع الحصه شیئا من ذهب أو فضه صح و یجوز اختلاف الحصه فی الانواع کالنصف من العنب و الثلث من الرطب و هکذا إذا علما بمقدار کل نوع منها.

(و اما الأمد) فیعتبر فیه أمران:

أحدهما: تقدیره

بما لا یحتمل الزیاده و النقصان کالشهور و الاعوام فلو قدره بادراک الغله أو بلوغ الثمر بطل لکن لو قیل بالصحه إذا عین السنه لم یکن بعیدا.

ثانیهما: أن یکون مما یدرک فیه الزرع و یبلغ الثمر غالبا

فلو کان قصیرا لا یحصل فیه ذلک بطل و لا حد له فی طرف الکثره فیجوز و لو علی اکثر من ثلاثین سنه إذا عینه و لا یعتبر اتصاله بالعقد و لو أطلق اتصل.

(و اما الأحکام) ففیها مسائل:

المسأله ۱: المزارعه و المساقاه المنشأتان بالعقد اللفظی

لازمتان بالذات لا ینفسخان الا بالتقایل أو الفسخ بخیار الشرط أو شرط الخیار أو الغبن أو غیر ذلک من أسباب الخیار التی تجری فی الإجاره (اما المنشأتان بالمعاطاه) فلا یلزمان الا بالعمل و لا یبطلان مطلقا بموت المالک أو العامل أو هما الا مع التقیید بمباشره العامل فیبطلان بموته أو کون ملکیه المالک للمنفعه مقصوره علی مده الحیاه کما فی الوقف علی البطون أو المنفعه الموصی بها مده الحیاه فیبطلان بموت المزارع أو المساقی کما سبق فی الإجاره و یبطلان أیضا بالعذر العام المانع من الانتفاع.

المسأله ۲: یجوز إیقاع المزارعه و المساقاه بنحو الإذن و بنحو الجعاله

فیجوز للمالک الرجوع فیهما قبل العمل و بعده فیستحق العامل فی المساقاه أجره المثل و کذا فی المزارعه إذا کان البذر من المالک اما لو کان من العامل وجب علی المالک إبقاء الزرع إلی اوانه و استحق أجره المثل لأرضه.

المسأله ۳: يجوز استعاره الأرض للمزارعه فيها مع آخر

فلو فعل فليس للمالک ابطال العقد و هل له الرجوع فيها فيستحق أجره المثل على المستعير وجهان أقواهما العدم.

المسأله ۴: ينمو الزرع فى الزراعه و الثمر فى المساقاه من حين الظهور على ملكهما

لا۔على ملک صاحب البذر و الأصول حسب و إنما يملک الآخر بالادراک أو القسمه فلو بلغ نصيب كل منهما نصابا وجبت الزكاه عليهما و الا فعلى من بلغ نصيبه الا إذا ساقاه بعد تعلق الزكاه فانها على المالک حسب و لو ماتا أو احدهما قبل الادراک أو قبل القسمه فالحصه للوارث و التبن و القصيل بينهما إلى غير ذلک من الثمرات هذا مع الإطلاق (اما لو اشترط) المالک على العامل عدم ملكه الا بالادراک أو القسمه صح و انعكست الثمرات.

المسأله ۵: خراج الأرض على المالک

إلا أن يشترطاه على العامل أو بينهما و أما ما يأخذه المأمورون ظلماً زائداً على الخراج فان كان من جهه الزرع فعلى العامل و ان كان من جهه الأرض أو الأصول فعلى المالک.

المسأله ۶: إذا شرط (قرار هذا الشرط مشروط بالسلامه و مع تلف الثمره اجمع الأقوى السقوط مطلقا)

أحدهما على الآخر فى المساقاه مع الحصه ذهبا أو فضه أو غيرهما فخاست الثمره أجمع أو تلفت فان كان الشرط للعامل على المالک لزم و ان كان للمالک على العامل لم يلزم و ان تلف أو خاس البعض فان كان الباقى لا يوازى العمل لقلته فكما سبق و الا فلا سقوط سواء كان الشرط للمالک أو العامل و اما فى المزارعه فيلزم مطلقا.

المسأله ۷: كل موضع تفسد فيه المساقاه فالثمره لصاحب الأصل و للعامل أجره المثل

و كل موضع تفسد فيه المزارعه فالزرع لصاحب البذر و عليه الأجره للباقى فان كان البذر للمالک فالزرع له و عليه للعامل أجره عمله و عوامله و ان كان للزارع فالزرع له و عليه أجره الأرض لصاحبها و ان كان لهما فالزرع بينهما و لكل منهما على الآخر أجره مثل ما يخصه من الأرض و باقى الأعمال و ان كان الثالث فالزرع له

و عليه للمالك أجره أرضه و للعامل أجره عمله و لا فرق بين علمهما بالفساد أو جهلهما أو الاختلاف و لا بين زياده الأجره على الحصه المشترطه أو نقصانها أو التساوى و لا بين أسباب الفساد الا إذا كان الفساد لاشتراط عدم حصه للعامل فى المساقاه و له أو للمالك فى المزارعه للاقدام على المجانيه.

المسأله ٨: إذا صح العقد ثمّ فسخ بخيار أو تقايل

فان كان قبل العمل فلا اشكال و ان كان بعده فان كان قبل ظهور الزرع أو الثمر فالحكم كما سبق فى صوره الفساد و ان كان بعده قبل الادراك أو بعده فهل الحكم كذلك أيضا فيكون الزرع لصاحب البذر و الثمر لصاحب الأصول و للأرض أو العمل أجره المثل أو يكون بينهما على الشرط وجهان أقواهما بمقتضى القواعد الأول و على الثانى فليس لأحدهما على الآخر لما مضى أجره (و اما بالنسبه إلى ما بقى) فان تراضيا على البقاء إلى البلوغ باجره أو بدونها فذاك و الا فللمالك القسمه و إلزام العامل باخذ حصته و ليس له إلزام المالك بالابقاء و لو باجره و لا ارش.

المسأله ٩: إذا عرض فى الأثناء قبل ظهور الثمر أو قبل بلوغه ما يفسد العقد

لو حصل بالابتداء كانحسار الماء عن الأرض أو استيلائه عليها أو غير ذلك من الأعذار العامله فهو كاشف عن فساده من رأس و الصحه إنما كانت ظاهريه و القول فيه بالصحه و ثبوت الخيار ضعيف.

المسأله ١٠: إذا زارعه على ارض فبانت مستحقه للغير

فان أجاز مالكها صار العقد له و ملك الحصه المشترطه سواء كان قبل الزرع أو بعده أو فى الأثناء و ان رد فالزرع لصاحب البذر و له عليه أجره الأرض و إذا لم يبلغ الزرع اوانه فان تراضيا على بقائه فذاك و الا فله إلزامه بقلعه و لا ارش و يرجع المغرور على من غره فيما خسر (و إذا بان البذر) مستحقا للغير فان أجاز مالكه فكما سبق و الا فالزرع لصاحبه و ليس عليه أجره لا للارض و لا للعمل (و إذا بانت العوامل) أو سائر المصارف مستحقه للغير فالمزارعه صحيحه و لصاحبها أجره المثل أو قيمه الأعيان التالفه (و إذا ساقاه على أصول فبانت مستحقه للغير فان أجاز مالكها فكما سبق و الا فالثمره له و للعوامل

أجره المثل على المساقى لاـ عليه سواء كان العامل عالما (استحقاقه للاجره مع العلم بالفساد محل نظر) بالفساد أو جاهلا (و لو اقتسما الثمره) فتلفت بيدهما أو اتلفاها فالمسأله من تعاقب الأيدى على العين المغصوبه فيتخير المالك بين- الرجوع على الغاصب- بدرك الجميع فيرجع الغاصب على العامل بمقدار حصته- و الرجوع على العامل بدرك الجميع فيرجع العامل على الغاصب بقدر حصته- و الرجوع عليهما- كلاـ بقدر حصته فلاـ يرجع أحدهما على الآخر و لا فرق بين علمهما أو جهلهما و الاختلاف نعم لو كان العامل جاهلا فله الرجوع على المساقى بالغرامات الوارده من جهه كذبه فى دعوى ملكيته للاصول و منها زياده قيمه الحصه التى غرمها على ما وصل إليه من أجره المثل.

المسأله ۱۱: إذا تم عقد المزارعه أو المساقاه

وجب على المالك تمكين العامل من الأرض أو الأصول و وجب على العامل العمل (فان امتنع المالك) من تسليم الأرض أو الوصول بغير عذر كان للعامل الفسخ و له جبره على التسليم و لو بالاستعانه بحاكم الجور ان توقف ذلك عليه فان لم يفسخ و لم يمكن الجبر إلى ان انقضت المده فقد فوت المالك عليه حقه و هو الزرع أو السقى بالحصه المشترطه فان كان له قيمه ضمنها له- و ان امتنع العامل- من العمل بغير عذر كان للمالك الفسخ (فان لم يفسخ) كان له جبره على العمل كما سبق فان لم يمكن كان له أن يستأجر من يعمل عنه اما بحصته من الحاصل كلا أو بعضا أو بمال آخر يرجع به عليه و لا يتوقف ذلك على مراجعه حاكم أو اشهاد فى مقام الثبوت و ان توقف فى مقام الإثبات (و إذا تسلم العامل) الأصول و لم يعمل ما وجب عليه فحدث نقص فى عين أو منفعه ضمن الا إذا كان معذورا (و إذا تسلم الأرض) فلم يزرعها حتى انقضت المده فان كان لعذر عام فلا شى ء عليه و ان لم يكن له عذر فعليه أجره المثل (و ان كان معذورا بعذر خاص) كمرض و نحوه فله الفسخ و التخليه بين الأرض و صاحبها فان عطلها فى يده فعليه أجره المثل و إذا قصر فى تربيه الزرع أو الأصول فقل الحاصل ففى ضمانه للتفاوت وجه (و إذا غصب الأصول) غاصب فمنع العامل من العمل ضمن للمالك كل نقص يحدث بسببه و

للعامل ما فوته علیه و لیس للمالک علی العامل شـی ء سواء کان الغصب بعد تسـلم العالم أو قبله (و إذا غصب الأرض) غاصـب فمنع الزارع عن الزرع ضمن للمالک أجره المثل و للزارع قیمه الحق و لیس للمالک علی العامل شی ء.

المسأله ۱۲: إذا عین مده یبلغ فیها الزرع غالبا فانقضت و لما یبلغ

فان اشترطا بقاءه بعد المده ان لم یبلغ فیها أو تراضـیا جدیدا علیه باجره أو بدونها فذاک و الا فللمالک إزالته و لا ارش و لا فرق بین ان یکون التـأخیر بسـبب الزارع أو من قبل الله تعالی (الأقوی هنا اسـتحقاق البقاء بالاجره سـیما مع عـدم الضـرر علی المالک بالتاخیر) کتاخیر المیاه و تغییر الاهویه.

المسأله ۱۳: إذا عین المالک زرعا فزرع العامل غیره

فـان اخـذه عنوانـا فان کان البـذر للمالک فالزرع له و لا أجره للعامل و ان کان للعامل فالزرع له و علیه أجره الأرض و ان اخـذه شرطا فله الفسخ لتخلف الشرط و یکون الحکم کما ذکر و له الامضاء بإسقاط شرطه و تکون الحصه علی ما شرطا.

المسأله ۱۴: یجوز فی المساقاه اتحاد المالک و تعدد العامل

کمـا یجوز تعـدد المالک و اتحاد العامل (فلو کانت الأصول لاثنین) فساقیا واحـدا علی نصـفها صـح و ان لم یعرف نصـیب کل منهما و ان ساقاه احدهما علی النصف و الآخر علی الثلث مثلا اعتبر معرفته بنصیب کل و الا بطل لجهاله الحصه (و اما المزارعه) فالأصل فیها ان یکون من احـدهما الأرض حسب و من الآخر البذر و العمل و العوامل فلو اطلقت حملت علیه و یجوز غیر ذلک حسـبما شـرطاه (و یتشـعب من الأرکان الأربعه) و هی الأرض و البـذر و العمل و العوامل صور کثیره لا حصـر لها بحسب شـرط بعضـها من أحـدهما و البـاقی من الآـخر و کلهـا جـائزه متی کان من أحـدهما بعض الأربعه و لو جزء منها و من الآخر الباقی مع ضبط ما علی کل واحـد منهما فیجوز فی البـذر ان یکون من المالک أو العامل أو منهما و فی الأرض ان تکون مختصه بالمزارع أو مشترکه بینهما أو فی العمل ان یکون تمامه علی العامل أو علیهما بل یجوز إیقاع عقدها بین أزید من اثنین بان تکون الأرض من واحد و البذر من الآخر و العمل من ثالث و العوامل من رابع فما

تـداول فی زماننا من اشتراک المالک و الفلاح و صاحب البـذر اثلاثا و إعطاء الـدابه بالسـدس أو اقل أو اکثر جائز نعم یکره ان یسمی بذرا أو بقرا بان یقول مثلا ثلث للبذر و ثلث للبقر و ثلث للعمل بل یقول لصاحب الأرض ازرع ارضک و لک منها کذا و کذا نصفا أو ثلثا أو ما کان من شرط و ان کانت فی الواقع ملاحظه فی قبال ذلک لکن إنما یحرم الکلام و یحلل الکلام.

المسأله ۱۵: إذا عینا فی عقد المزارعه و المساقاه کیفیه العمل من العامل و انه علی نحو المباشره

بان یزرع أو یساقی بنفسه أو انه اعم من المباشره و التسبیب فذاک و الا فان کانت قرائن من حال أو مقال تدل علی أحد الامرین اتبعت و الاـ فـان کـان تعـارف نوعی و لو فی ذلـک القطر انصـرف العقـد إلیه و الاـ فالاطلاـق یقضـی بالمباشـره- ثمّ ان فهمت المباشـره- تنصـیصا أو اطلاقـا أو من لقرائن وجبت فلیس للعامـل التوکیـل فی العمـل لاـ کلاـ و لاـ بعضـا و لاـ الاسـتنابه فیه و لا الاستعانه بغیره و لا المزارعه أو المساقاه أو المشارکه فیهما لغیره علی ان یتولی الغیر للعمل و لا یجوز أن یتبرع عنه أحد فلو تبرع فلاـ اسـتحقاق- و ان فهم- الأـعم منها و من التسبیب أو اذن المالک فیه بعـد العقـد جاز جمیع ذلک و إذا تبرع عنه أحـد جاز و القول بعـدم جواز المساقاه أو المشارکه فیها من العامل و ان اذن المالک لانها لا تصـح الا علی اصل مملوک للمساقی أصاله أو وکاله أو ولایه ضـعیف- و إنما تملیک العامل- حصـته من الزرع أو الثمر کلا أو بعضا للمالک أو غیره بصـلح أو غیره بعوض و بـدونه بعـد الظهور أو قبله فیجوز مطلقا سواء اعتبرت المباشـره أم لا الا إذا شـرط المالک عـدمه و کـذا یجوز له مطلقا ان یزارع غیره أو یشارکه فیها إذا کان هو المباشر للعمل دون ذلک الغیر سواء کان البذر منه أو من المالک و لا یتوقف علی اذن المالک بل و لیس له النهی عنه الا إذا اشترط فی ذلک العقد أو عقد آخر عدمه.

المسأله ۱۶: إذا بقی فی الأرض اصل الزرع فنبت

فان اعرضا فهو لمن سـبق و الا فهو بینهما علی الشـرط سواء کان البـذر منهما أو من أحدهما أو ثالث و کذا إذا بقی بعض لحب فنبت و لو کان مختصا بحدهما اختص به نباته.

المسأله ۱۷: یجوز لکل من المالک و العامل دون الأجنبی فی المزارعه و المساقاه

بـل فی کـل زرع أو ثمر مشترک خرص حصـته علی الآـخر برضـاه و یشترط بلوغ الحاصـل و إدراکه فلاـ یجوز قبله و ان یکون بمقدر منه فلا یجوز فی الذمه الا بنحو الصـلح و هی معاهده مسـتقله تسـمی بالتقبیل لیست بیعا و لا صـلحا و لا قسـمه فلا یجری فیها اشکال الربا و اتحاد العوض و المعوض و النهی عن المحاقله و المزابنه و لا یعتبر فیها لفظ خاص و لا یجوز لأحدهما الفسخ سواء زاد الخرص أو نقص نعم یشترط فی اسـتقرارها السلامه فلو تلف الحاصل اجمع بآفه سماویه أو أرضیه فلا شی ء و لو تلف بعضه فبالنسبه و لو تلف أو اتلف مضمونا لم تتغیر المعاهده و انفذت فی بدله.

المسأله ۱۸: أفتی علماؤنا ببطلان المغارسه

فلو دفع إلیه أرضـا لیغرسـها علی ان الغرس بینهما بطل سواء شـرط للعامل جزء من الأرض أم لا و حینئـذ فالغرس لصاحبه و علیه الأـجره فـان کـان من رب الأرض فعلیه أجره الغرس للغارس و ان کان من العامل فعلیه أجره الأرض للمالک ثمّ ان تراضـیا علی ابقـائه بـاجره أو بـدونها فـذاک و الاـ فللمالک القلع و علیه ارش لنقص الحاصل بالقلع کما إذا انکسـر بحیث لا یمکن غرسه فی مکـان آخر کمـا ان علی الغارس طم الحفر و قلع العروق المتخلفه و ارش الأرض لو نقصت بسـببه و لو دفع المالک قیمه الغرس لیملکه و الغـارس قیمه الأـرض لیملکهـا أو اجرتهـا لیبقی الغرس فیهـا لم یجب علی الآـخر الإجـابه و عن الأردبیلی و السبزواری الإشـکال فی اصـل بطلان المغارسه و احتمال الصـحه للعمومات و بعض الأخبار الخاصه و إلیه کان یمیل لاسـتاذ الشـریف و هو جیدان لم یکن إجماع و علی تقدیر البطلان فیمکن تصحیحها بادخالها تحت عنوان آخر من صلح أو إجاره مع مراعاه شرائطهما کما إذا اشترکا فی الأصول و لو بتملیک أحدهما للآخر نصـفا منها مثلا فیتصالحان علی الغرس و السـقی إلی زمان کذا بنصـف من منفعه الأـرض أو عینها مثلا أو یسـتأجره علی ذلک بـذلک و لو صـدرت مغارسه و شک فی صـدورها علی وجه صـحیح أو فاسد بنی علی الصحه.

المسأله ۱۹: فی التنازع

(إذا تنازع رب الأرض) مع الزارع فی انها غصب أو مزارعه حلف المالک و استحق الأجره و له إزاله الزرع و ارش الأرض و طم الحفر و فی انهـا عاریه للزراعه أو مزارعه تحالفا فان حلفا أو نکلا فللمالک اقل الامرین من أجره الأرض و ما ادعاه من الحصه و للزارع تبقیه الزرع إلی أوان اخذه لانه مأذون فیه و لو کان قبل الزرع انفسخ العقد و للمالک منعه (و إذا تنازع) المالک و العامل فی المزارعه أو المساقاه فی اصل صدور العقد أو فی اشتراط شـرط فیه حلف المنکر و فی صحته و فی فساده حلف مدعی الصحه و فی المـده أو مقـدار الأرض أو الشـجر یحلف منکر الزیـاده و فی الحصه یحلف رب البـذر أو رب الأصول و فی قـدر الحاصـل یحلف العامل و کـذا لو ادعی المالک علیه انه خان أو سـرق أو اتلف أو فرط فتلف فأنکر فانه امین فالقول قوله بیمینه و لو ثبتت خیـانته فلاـ ترفع یـده عن حصـته و للمالک رفعها عما عـداها و لو ضم إلیه امینا فاجرته علی المالک خاصه (و فی الغبن) یحلف منکره و فی ان البذر أو العمل أو العوامل علی أیهما یتحالفان فإذا حلفا أو نکلا انفسخت.

المسأله ۲۰: کل شرط سائغ لا یتضمن جهاله و لا ینافی مقتضی العقد إذا اشترطاه فی عقد المزارعه أو المساقاه لزم

فلو اشترطا مزارعه فی عقـد مزارعه أو مساقاتا فی عقـد مساقات أو مساقاتا فی عقـد مزارعه أو بالعکس صح (و لو اشترط العامل علی المالـک) الاستیجـار لبعض الأعمال أو جمیعها صـح و تکون الأجره علیه الا ان یشترطها علیهما أو علی المالک خاصه و لو شرط ان یعمل معه المالک أو غلام المالک صح اما لو اشترط جمیع لاعمال علیهما أو علی أحدهما بطل

(ختام)

تستحب الزراعه مباشـره و تسبیبـا فانها الکیمیاء الأکبر و الزارعون کنوز الإمام و هم یوم القیمه احسن الناس مقاما و اقربهم منزله یدعون المبارکین و قد جعل الله ارزاق أنبیائه فی الزرع و الضـرع کیلا یکرهوا شیئاً من قطر السماء و لم یعمل الناس عملا احل و لاـ اطیب من الزرع فانه یأکل منه البر و الفاجر و الطیر و البهائم (و یستفاد من الأخبار) اسـتحباب اقتناء النخل و کراهه بیعه الا ان یشتری بثمنه نخلا آخر فقد سـئل النبی صلّی الله علیه و آله و سلَّم أی المال بعد البقر خیر فقال الراسیات فی الوحل و المطعمات فی المحل نعم الشی ء النخل من باعه

فإنما ثمنه بمنزله رماد علی رأس شاهق اشتت به الریح فی یوم عاصف الا ان یخلف مکانها (و یستفاد منها) أیضا استحباب الرفق بالفلاحین و حرمه ظلمهم فانهم وصیه رسول الله صلّی الله علیه و آله و سلَّم فعن الصادق علیه السلام ان رسول صلّی الله علیه و آله و سلَّم وصی علیا (عند وفاته فقال یا علی لا یظلم الفلاحون بحضرتک و کان أمیر المؤمنین علیه السلام یکتب إلی عماله یوصی بالفلاحین خیراً.

الکتاب الثالث عشر فی الشرکه

اشاره

و عرفوها باجتماع حقوق الملاک فی الشی ء الواحد علی سبیل الشیاع و جعلوها من العقود (و ربما یستشکل فیه) بأنه ان کان باعتبار التعاقد علی الاشتراک فی الأموال (فهو لا یتم) علی ما حکموا من عدم کفایه العقد وحده ما لم ینضم إلیه الامتزاج و کفایه الامتزاج وحده و ان لم ینضم إلیه العقد إذ الأثر حینئذ للامتزاج و العقد لیس بسبب و لا جزء سبب (و ان کان) باعتبار ان العقد قد یؤثر شرکه فیما إذا اشتریا داراً أو استأجراها بالاشتراک (ففیه) ان هذا لیس عقداً للشرکه و إنما هو شرکه ناشئه من عقد البیع أو الإجاره (و ان کان باعتبار) انشاء التشریک علی النحو المذکور فی باب البیع (ففیه ان هذا) کسابقه فان التشریک المذکور مرجعه إلی بیع حصه مشاعه (و ان کان) باعتبار تعاقد الشرکاء علی اذن کل للآخر فی التصرف فی المال المشترک ففیه:

أولا: ان هذا لیس من الشرکه بل هو من عوارضها نسبته إلیها نسبه الحکم إلی موضوعه.

و ثانیاً: ان الإذن فی التصرف لیس من العقود و إنما هو من الإیقاعات (و یندفع) بان الشرکه التی جعلوها من العقود هی الشرکه الاکتسائیه التی هی من أقسام التجاره المقصوده بها الاسترباح بالعمل من الشریکین أو أحدهما فی المال المشترک و هی التی وردت النصوص فیها و فیمن ینبغی ان یشارک و ان لا یشارک و ان الربح و الخسران فیها مع الإطلاق علی الشریکین بنسبه المالین الا ان یشترطا غیره فی قبال المضاربه و البضاعه اللتین یکون الخسران فیهما علی صاحب المال الا مع اشتراط غیره و الظاهر انها هی المسماه عندهم بشرکه العنان فی قبال شرکه الأبدان و الوجوه و

المفاوضه و لیس المنشأ فیها هو الإذن فی التصرف لیقال انها من الإیقاعات بل المنشأ هو التعاقد و التعاهد علی الاسترباح بالمال المشترک بحدود و قیود و ان کان یلزمه الإذن فی التصرف کما فی المضاربه (و اما الشرکه) بمعنی اجتماع الحقوق فی الشی ء الواحد فهی و ان کانت من الأحکام لا العقود الا انهم إنما بحثوا عنها هنا من حیث کونها من مقدمات الشرکه العقدیه فان المال ان کان مشترکا بسبب سابق فذاک و الا فلا بد من جعله مشترکا و لو بالمزج

فالکلام فی مقامین:

أحدهما: فی الشرکه بمعنی اجتماع الحقوق

اشاره

(و النظر) فی محلها و أسبابها و اقسامها.

(اما المحل)

فهو عین أو دین أو منفعه أو حق.

(و اما الأسباب)

فهی ارث أو عقد أو حیازه أو احیاء أو مزج (فالارث و العقد) یجریان فی العین و غیرها (و اما الحیازه و الاحیاء) فلا یجریان الا فی العین کما إذا اشترکا فی اغتراف ماء أو اقتلاع شجر أو حفر بئر أو احیاء ارض موات و هکذا- و اما المزج- فهو و ان کان لا یجری الا- فی العین أیضا- قد یجری فی الحق أیضا کما لو جعل الخیار لشخصین علی نحو الاشتراک لا الاستقلال- إلا انه قد ینشأ من امتزاج العین عدم تمییز فی المنفعه فیوجب الاشتراک فیها و ذلک کما إذا استأجر کل منهما دراهم للتزین بها متمیزه فامتزجت بحیث لا- تتمیز- و لا فرق- فی الامتزاج بین ان یکون اختیاریا أو اضطراریا و لو بفعل أجنبی و لا فی المالکین بین ان یکونا کاملین بالبلوغ و العقل أم لا کما لا فرق بین ان یتحقق فی الاثمان أو العروض فی المثلیات أو القیمیات مع اتحاد الجنس أو اختلافه کدقیق الحنطه بدقیق الشعیر نعم یعتبر فیه عدم التمییز فلو اختلطا مع التمییز فلا شرکه و ان عسر تخلیص أحدهما عن الآخر کالدخن بالسمسم و الحنطه الحمراء بالبیضاء و هل الشرکه فیه واقعیه موجبه لملک کل منهما الحصه المشاعه فی الواقع أم ظاهریه محکوم بها ما دام الاشتباه و الا فلو تمیزا بعد ذلک اختص کل منهم بماله وجهان أقواهما الثانی.

و اما الأقسام:

فهی ان الشرکه تکون- تاره- علی نحو الإشاعه و هو الشائع فی کلماتهم- و أخری- علی نحو الکلی فی المعین- و ثالثه- علی نحو شرکه الفقراء فی الزکاه و الساده فی الخمس- و رابعه- علی نحو شرکه الموقوف علیهم فی الأوقاف العامه- و خامسه- علی نحو شرکه المسلمین فی الأراضی الخراجیه و کل من هذه الأقسام له أحکام خاصه مذکوره فی محالها.

المقام الثانی: فی الشرکه العقدیه

اشاره

- و النظر- فی العقد و المتعاقدین و متعلق العقد و الأحکام:

(اما العقد)

فینشأ به الاشتراک فی التجاره بالمال و یکفی فیه کل ما یدل علی ذلک و لو بالقرینه و لا تعتبر العربیه و لا الماضویه و لا الجمله الفعلیه و تجری فیه المعاطات و تکفی اشاره الأخرس و یصح الإیجاب من کل منهما فیقبل الآخر.

(و اما المتعاقدان)

فیعتبر فیهما الکمال بالبلوغ و العقل و الرشد و الاختیار و الحریه و عدم الفلس و ان یکونا مالکین لمثل هذا التصرف بالمال بملکیه له أو وکاله عن مالکه أو ولایه علیه أو وصایه عنه و لو کانا فضولیین أو أحدهما وقف علی الإجازه.

(و اما متعلق العقد)

فهو المال و الشرکه فیه هی المسماه بشرکه العنان لان زمام المال و عنانه بید الشرکاء (فلا تصح شرکه الأبدان) بان یتعاقدا علی الاشتراک فیما یحصل من اعمالهم اتفق العمل أو اختلف و لو صالح أحدهما الآخر نصف منافعه إلی أمد معین بنصف منافع الآخر أو صالحه نصف منافعه بعوض معین و صالحه الآخر نصف منافعه أیضا بذلک العوض صح (و لا شرکه الوجوه) بان یتعاقد وجیهان لا مال لهما علی ان یبتاعا فی الذمه إلی اجل ثمّ یبیعان و یؤدیان الأثمان و ما فضل بینهما و لو اشتریاه مشترکا بینهما أو وکل کل منهما الآخر فی الشراء فیشتری لهما و فی ذمتهما صح (و لا شرکه المفاوضه) بان یتعاقدا علی ان یکون بینهما ما یربحان من غنم فی تجاره أو میراث أو رکاز أو لقطه أو غیرها و ما یلتزمان من غرم فی غصب أو اتلاف أو جنایه أو ضمان أو

كفاله أو غيرها و لو اوقعا هذه لانحاء الثلاثه للشركه بنحو الصلح فللصحه وجه (و يعتبر) فى المال أن يكون مشاعا بسبب سابق على العقد أو لاحق فلو

تعاقدا علی الشرکه فی المالین المتمیزین لم تنعقد فلو تلف أحدهما قبل الامتزاج فهو من مال مالکه و لو ربح أو خسر اختص به (و ان یکون) معلوما جنسا و وصفا فلا تصح فی المجهول و معینا قدرا فلا تصح فی الجزف و حاضرا مقبوضا فلا تصح فی الغائب و الدین علی اشکال و لا یعتبر تساوی الشریکین فی المقدار.

(و أما الأحکام)

اشاره

ففیها مسائل:

المسأله ۱: الأصل فی هذه الشرکه المال لا العمل

فیقسط الربح و الخسران مع الإطلاق علیه بالنسبه فیتساویان فیه مع تساویه و ان تفاوتا فی العمل و یتفاوتان مع تفاوته و ان تساویا فی العمل- اما لو شرطا- التفاوت مع تساوی المالین أو التساوی مع تفاوته فان جعلت الزیاده فی قبال عمل کما لو کان العمل من أحدهما حسب و شرط الفضل له أو کان منهما شرط الفضل لمن زاد فی عمله صح سواء کان الشرط فی عقد الشرکه أو فی غیره لازما کان أو جائزا (و اما إذا لم تجعل فی قبال عمل) کما لو تساویا فیه و شرطت لأحدهما أو اختلفا و شرطت لأدناهما أو کان العمل من أحدهما و شرطت لغیر العامل فان شرط فی عقد آخر لازم صح أیضا و ان شرط فی عقد الشرکه أو عقد آخر جائز ففی الصحه اشکال اقربه ذلک (و لو شرطا تمام الربح) لأحدهما لم یصح لمنافاته لمقتضی العقد اما الخسران فیصح اشتراط تمامه علی أحدهما دون الآخر و یصح اشتراط کونه علی أحدهما أزید من الآخر.

المسأله ۲: یجوز اشتراط کون العمل منهما متساویاً أو متفاضلا

و من أحدهما حسب و من اجیر منفرداً أو منضماً اما مع الإطلاق فلا بد ان یکون منهما مع التساوی أو التفاضل ثمّ ان جعلاه علی أحدهما حسب فان شرط له زیاده فی الربح علی ما یستحقه بنسبه ماله کان شبیهاً بالقراض و ان لم تجر علیه احکامه و الا کان شبیهاً بالبضاعه الا ان مقتضی الإطلاق هنا المجانیه (الأصل الاحترام فی عمل المؤمن فانصراف الإطلاق لی المجانیه مشکل بل له أجره المثل الا مع التصریح بعدمها) الا ان یصرح بعدمها فیستحق أجره المثل اما الأجیر فاجرته علیهما بنسبه المال و کذا سائر المؤن الا ان یشترطا غیره فعلی ما شرطا.

المسأله ۳: لا يجوز لأحد الشريكين التصرف فى المال المشترک الا باذن صاحبه

فـان اختص أحـدهما بالاـذن اختص بالتصـرف و ان اشترک اشترک و لو شـرطا الاجتمـاع لم يجز لأحـدهما الاـنفراد (و يقتصـر المأذون) على ما اذن له فلو عين له جهه السـفر لم يجز الأخـذ فى غيرها أو نوعا من التجاره لم يتعـد إلى سواها و لو أطلق اقتصـر على المتعارف عند التجار فى وجوه التجاره و الاسترباح كما فى عامل القراض و لو تعدى ضمن.

المسأله ۴: عقد الشركه جائز

فيجوز لكـل منهمـا الرجوع فيه و المطـالبه بالقسـمه عرضـا كـان المـال أو نقـدا و ليس لأحـدهما المطـالبه باقـامه رأس المال بل يقتسـمان العين الموجوده إذا لم يتفقا على البيع و لو شرطا فيه أو فى عقد لازم) عدم الرجوع إلى أمد أو إلى ان ينض المال و لو قلنا بعدم اللزوم فليس لأحدهما التصرف بعد الأمد الا بإذن مستانفه.

المسأله ۵: يبطل العقد بموتهما أو أحدهما أو جنونه أو اغمائه أو فلسه أو سفهه

فلا يجوز للآخر التصرف لكن لا تزول الإشاعه فى المال الا بالقسمه.

المسأله ۶: الشريک امين

لا يضمن ما يتلف بيده الا بتعدّ أو تفريط و يقبل قوله فى التلف و لو بسبب ظاهر كالغرق و فى عدم الخيانه و التفريط و فى قصد ما اشتراه انه لنفسه أو للشركه بيمينه.

المسأله ۷: لا ينبغى للرجل المسلم أن يشارک الذمى (إذا لم يحرز صدقه و امانته و كذا المسلم الذى لا ذمه له)

و لاـ يبضـعه بضـاعه و لاـ يـودعه وديعه و لاـ يصـافيه المـوده و كره أمير المـؤمنين عليه السـلام مشـاركه اليهـودى و النصـرانى و المجوسـى الا ان تكون تجاره حاضـره لا يغيب عنها المسـلم و ينبغى مشاركه من اقبل عليه الرزق فانه اخلق للغنى و اجـدر باقبال الحظ.

المسأله ۸: إذا باع الشريكان المال المشترک بعقد واحد أو متعدد و قبض أحدهما من ثمنه شيئا

فان كان الثمن عينا شخصـيه أو كان القابض وكيلا عن صاحبه فى القبض و تصـد الـدافع وفاءهما اشتركا فيه سواء قصد القابض القبض لنفسه أو لهما فلو تلف

قبل قبض الآخر كان منهما نعم حصته فى العين الشخصيه مع عدم الإذن فى القبض مضمونه (اما إذا كان الثمن كليا) و لم يكن القابض وكيلا (فان) قصد الدافع وفاءهما لم يشاركه الآخر الا بعد قبضه أو اجازته و الا فالاشتراك بين القابض و الدافع و التلف عليهما كالمال المبعوث إلى الغريم حيث لا يكون الرسول وكيلا فان تلفه قبل القبض على المديون لا على الغريم و لا فرق بين قصد القابض القبض لنفسه أو لهما (و ان قصد) الدافع وفاء القابض خاصه معرضا عن وفاء صاحبه (فان كان ممتنعا) عن وفائه تخير بين المشاركه مقاصه و مطالبه الغريم و لا يشارك الا بعد القبض أو الإجازه (و ان) لم يكن ممتنعا فهل له المشاركه أو يختص بالقابض خلاف و المشهور على الأول و ابن ادريس على الثانى و هو قوى (و لكن الأول اقوى) و موضع الخلاف عند حلول الحقين فلو كان أحدهما مؤجلا لم يشارك فيما قبضه الآخر قبل الاجل قولا واحدا و المسأله جاريه فى اتلاف المال المشترك أو الاقتراض منه و الدين الموروث و يمكن الاختصاص بصلح أحدهما على حقه أو إبراء المديون منه و استيهاب عوضه أو الشراء به من المديون أو غيره أو يحيل به عليه أو يضمنه له ضامن.

المسأله ۹: لو دفعه دابه إلى سقاء و آخر راويه على الشركه فى الحاصل

فان كان بنحو الصلح انعقد و الا لم ينعقد فإذا جاز بنيه الجميع فان كانا وكلاء فى الحيازه أو اجازوها اشتركوا فى الماء و لكل منهم ثلثا الأجره على الآخرين فان تساوت لم يرجع احدهم على الآخر بشى ء و الا رجع بالتفاوت و ان لم يكن توكيل و لا إجازه أو لم تكن الحيازه بنيه الجميع كان كان الماء له و عليه أجره المثل للدابه و الراويه.

المسأله ۱۰: لو دفع إلى آخر دابته ليحمل عليها و الحاصل بينهما

فان كان على نحو الصلح صح و ان كان على نحو الشركه بطل فان تقبل العامل حمل شى ء فى ذمته و استعمل الدابه فيه فالاجره المسماه له و عليه أجره المثل للدابه بالغه ما بلغت و ان اجر عين الدابه فالاجره لمالكها و استحق العامل عليه أجره المثل لعمله ان كانت الأجره المسماه تفى باجره مثل الدابه و العمل و الا وزعت عليهما كل على قدر أجره مثله سواء كان ذلك بسؤال العامل أو المالك أو هما.

المسأله ۱۱: لو كان من واحد دكان و من الآخر رحى و من ثالث بغل و من رابع عمل

فلا شركه ثمّ ان عقد أجره الطحن واحد منهم و لم يذكر اصحابه و لا نواهم فله الاجر اجمع و عليه لأصحابه اجره المثل و لو ذكرهم أو نواهم كان كما لو عقد مع كل واحد منفردا يكون المسمى بينهم أرباعا و يرجع كل واحد منهم على كل واحد من اصحابه بربع أجره مثله و لو استأجر من الجميع فقال استأجرتكم لطحن هذا الطعام بكذا توزع المسمى بينهم على قدر اجر مثلهم لكل واحد منه بقدر حصته.

المسأله ۱۲: قد عرفت ان شركه الأبدان باطله

فإذا عملا بالاجره فان تميز عمل كل و اجرته اختص بها و الا كما لو اجر انفسهما لعمل واحد باجره واحده فان علم مقدار عمل كل منهما وزعت الأجره عليهما بنسبه العملين و ان اشتبه فان احتمل التساوى حمل عليه (و ان علم زياده أحدهما بدون تعيين) فالقرعه أو التنصيف فى الزائد- و هو الأقوى لقاعده العدل فى كل مال تردد بين اثنين أو اكثر-.

الكتاب الرابع عشر فى الصلح

اشاره

و هو جائز بين المسلمين إلا صلحا احل حراما أو حرم حلالا و قد شرع لقطع التجاذب و التنازع بين المتخاصمين حكمه لا عله و النظر فى العقد و المتعاقدين و المعقود عليه و الأحكام و اللواحق:

(اما العقد)

فينشأ به التسالم و التراضى على أمر و هو اصل فى نفسه لا فرع عن غيره و إن افاد فائدته فانه قد يتعلق بالمال عينا أو منفعه فيفيد التمليك و قد يتعلق بالانتفاع فيفيد فائده العاريه و هى مجرد التسليط و قد يتعلق بالدين فيفيد فائده الإبراء و قد يتعلق بالحقوق فيفيد الاسقاط أو الانتقال و قد يتعلق بتقرير أمر بين المتصالحين كما فى قول أحد الشريكين لصاحبه صالحتک على ان يكون الربح لک و الخسران عليک فيفيد مجرد التقرير و هو فى جميع تلک المقامات معنى واحد و هو التسالم لا يختلف و لا يختلف و ان اختلف متعلقه فالصلح على العين بعوض تسالم عليه و ان تسمّى تمليكا لا- ان مفهومه التمليک و لذا لم يكن طلبه من الخصم اقرارا بخلاف طلب التمليک و لا يتعدى بنفسه إلى المال فلا يقال صالحتک الدار بكذا بل صالحتک عنها بكذا (و لا بد فيه من ايجاب و قبول) حتى فيما يفيد فائده الإبراء و ان لم يشترط فى

الإبراء القبول و تجرى فيه المعاطاه و تلزم بالتصرف و الصريح فى الإيجاب صالحت و فى القبول قبلت و يصح كل منهما من كل منهما.

(و اما المتعاقدان)

فيعتبر كمالهما بالبلوغ و العقل و الرشد و الاختيار و جواز التصرف برفع الحجر.

(و اما المعقود عليه)

فهو عين أو دين أو منفعه أو حق أو تقرير أمر بين المتصالحين و يعتبر فيه ان لا يكون محللا لحرام كاسترقاق الحر و استباحه بعض المحرمات و شرب الخمر و نحوها و لا محرما لحلال كعدم وطى حليلته أو عدم الانتفاع بماله و نحوهما (إذا تعلق الصلح بعمل من الأعمال فعلا أو تركا فاللازم ان يكون العمل مباحا فلا يصح الصلح على واجب و لا حرام فإذا تعلق بالفعل المباح صار فعله واجبا و إذا تعلق بتركه صار فعله حراما و وطى الحليله مباح فيجوز ان يصالح على عدمه و تركه فيكون حراما و كذا الانتفاع بماله فكما يجوز اشتراط مثل هذه الأمور فى العقود اللازمه كذلك يجوز الصلح عليها و بالجمله فكل صلح مباح يكون محرما لحلال و هو جائز إنما الذى لا يجوز هو اشتراط تحريم الحلال كما لو اشترط حرمه وطى الزوجه لا عدم وطئها فيكون شرطا أو صلحا مخالفا لكتاب الله تعالى فتدبره جيدا فكثيرا ما يقع الاشتباه فى هذا الباب) (و الركن هو المصالح عنه) أو عليه (و اما المصالح به) فليس بمعتبر بل قد يتحقق حقيقه كما فى الصلح المفيد فائده البيع و الإجاره فيكون من المعاوضات و قد لا يتحقق أصلا لا حقيقه و لا صوره كما فى الصلح المفيد فائده العاريه أو الهبه أو الإبراء فلا يكون منها و قد يتحقق صوره لا حقيقه كما فى الصلح عن الدين الحال ببعضه أو عن الدار بمنفعتها فان المعاوضه لا يعقل تحققها مع اتحاد المالك للعوضين (و أما الصلح عن الدين المؤجل) ببعضه حالا فيمكن ان يكون العوض هو الحلول (ثمّ ان كلا من العين) و الدين و المنفعه و الحق يصح الصلح عنها بمجانسها و مخالفها فيصح الصلح عن العين بعين أو دين أو منفعه أو حق و هكذا فى غيرها- و يعتبر- فى كل مما يتصالح عنه و به ان يكونا مما يصح تملكهما شرعا فلو كانا أو أحدهما خمرا أو خنزيرا بطل- و ان يكون- الصلح فيهما

مملوکا للمتصالحين بملکيه لهما أو وکاله عن مالکهما أو ولايه عليه أو وصايه عنه فيصح الصلح من الأب أو الجد أو الحاکم أو منصوب احدهم فی مال القصير إذا اقتضته الغبطه و کذا يصح من الوصی فی مال الميت فلو ادعی علی الميت أو له و لا بينه فصالح الوصی صح مع المصلحه و تجری فيه الفضوليه فلو کانا أو أحدهما للغير وقف علی اجازته- و لا يشترط- العلم بهما لا قدرا بکيل أو وزن و لا بغيرهما و لا جنسا بوصف أو مشاهده و لا بغيرهما دينا کانا أو عينا ارشا أو غيره تعذر العلم بهما رأسا کوارث لم يعرف مقدار حصته و شريک امتزج ماله بمال شريکه بحيث لا يتميز و لا يعلمان قدر ما لکل منهما أم لا تعذرت المعرفه فی الحال و لو لعدم الميزان أو المکيال و أساس الحاجه إلی الانتقال أم لا.فلو کان لکل منهما طعام عند صاحبه لا يعرفان قدره فتصالحا علی ان يکون لکل منهما ما عنده صح إذا تراضيا و طابت به انفسهما نعم المجهول المبهم الذی لا يؤول إلی العلم کالشی ء و الجزء و النصيب لا يصح الصلح عنه و لا به.

(و اما الأحکام)

اشاره

ففيها مسائل:

المسأله ۱: عقد الصلح لازم من الطرفين

لا يفسخ الا بتقايل أو خيار و يجری فيه خيار الغبن و خيار الشرط و شرط الخيار و غيرها من الخيارات العامه دون الخاصه بالبيع کخيار المجلس و الحيوان و نحوهما و لا فرق فی لزومه بين قيامه مقام عقد لازم کالبيع و الإجاره أو جائز کالهبه و العاريه و إذا کان متعاطيه لم يلزم الا بأحد ملزماتها من تصرف أو تلف أو غيرهما.

المسأله ۲: يجوز الصلح مع الإقرار و الإنکار مع سبق نزاع و عدمه

(اما مع الإقرار) فيصح مع التراضی مطلقا واقعا و ظاهرا عينا أو دينا عرف المالک قدره أم لا ابتدا هو بطلب الصلح أم لا بمساوی الحق أو اقل أو أزيد (و اما مع الإنکار) فتاره يکون الصلح عن المدعی به (و أخری) عن حق الدعوی- و ثالثه- علی ترک الدعوی- و رابعه- عن حق اليمين (فاما الصلح عن المدعی به) فهو صحيح فی ظاهر الشرع لاشتباه المحق من المبطل بل و کذا فی الواقع إذا تراضيا به و طابت انفسهما و الا (فان

كان المـدعى محقاً) و إنما قبل بالصلح توصـلا إلى اخـذ بعض حقه لم يحل للمنكر ما بقى بل لو كان المدعى به عيناً و صالحه عنها بمال لم يحل له شى ء منها حتى مقدار ما دفع من العوض الا إذا قصد المقاصه به عما يقابله منها (لا محل للمقاصه هنا كما لا ـ يخفى عن المتأمل) (و ان كان) مبطلا و إنما قبل المنكر بالصـلح دفعاً لـدعواه الكاذبه و تخلصا من ضـرره لم يحل له ما دفعه إليه المنكر (و اما الصـلح) عن حق الـدعوى فان رجع إلى الصـلح عن المـدعى به ليتبعه الحق سـقوطاً ان كان مع المدعى عليه و انتقالا ان كان مع أجنبى صح و جرى عليه حكمه و الا ففى صـحته مجرداً عن المدعى به مطلقا و عدمها مطلقا و التفصيل بين ان يكون مع المـدعى عليه فيصـح أو مع أجنبى فيبطل وجوه أقواها الأول و حينئـذ (فان كان) مع المـدعى عليه كان فائدته السـقوط فليس له الـدعوى معه لكن لا ـ يسـقط به المـدعى به فيجب على المـدعى عليه الخروج عن عهـدته ان كـان و لـو اقر به الزم به و للمـدعى المقاصه منه و له نقل المـدعى به إلى غيره فيثبت له حق الدعوى بالتبع و لو مات انتقل المدعى به إلى ورثته فيثبت لهم حق الـدعوى بتبعه و ان لم ينتقـل إليهم ذلـك الحق بالارث بسـقوطه بالنسـبه إلى مورثهم- ثمّ ان خصـص- سـقوطه بزمان دون زمـان أو مكان دون مكان أو بنفسه دون وكيله أو بوكيله دون نفسه أو مع المـدعى عليه دون ورثته أو مع ورثته دونه اتبع و جاز له الدعوى فى غير ما وقع عليه الصـلح و ان عمم أو أطلق عم ثمّ ان كان صادقاً فى دعواه حل له ما اخذ و الا فلا- و ان كان مع- أجنبى كان فائـدته الانتقال فللأجنبى الـدعوى مع المـدعى عليه لكن إذا اثبت المدعى به فليس له اخذه بل يرجع إلى المدعى و إذا أبرأه المـدعى قبـل الـدعوى زال موضوع الحق و كـذا لو نقله إلى غيره أو مـات فانتقـل إلى ورثته- و امـا الصـلح على تـرك الـدعوى- فهو كالصـلح عن حقها مع المـدعى عليه فى جميع ما ذكر فان المـدعى عليه يملك بالصـلح المـذكور على المـدعى تركها فيؤثر جهه وضـعيه تقتضى عدم سماعها منه لا مجرد حكـم تكليفى كما لو نذر تركها حتى تكون مسموعه و ان اثم و لزمه رد العوض- و اما الصلح- عن حق اليمين فالظاهر انه كاليمين مسقط لحق الدعوى و مانع من المقاصه لكنه لا يبيح المال للمنكر فى الواقع بل لو اقر به الزم

ثمّ ان كـان صادقـا حل له ما اخـذ و الا فلا- هـذا كله- إذا كان المـدعى جازماً فى دعواه اما لو اسـتند إلى قرينه أو تهمه كما لو وجـد بخط مورثه ان له حقاً على أحـد أو شـهد من لا يثبت الحق بشـهادته و قلنا بسـماع الـدعوى حينئذ (فان كان الصـلح) على ترك الدعوى أو عن حقها أو حق اليمين حل له ما اخذ و ان انكشف بعد ذلك عدم الحق لاستحقاقه المعوض حين الصلح (اما إذا كان) عن المدعى به فهو حلال ما دام الاشتباه فان انكشف عدم الحق رده (و اما ما بيد المنكر) من المال المدعى به فهو تابع لواقعه فان انكشف انه للمـدعى رده و ان اقر به الزم سواء كان الصـلح على ترك الدعوى أو عن حقها أو حق اليمين نعم لو كان عن المدعى به و رضـى المدعى بما اخذ و ان كان اقل من حقه لم يجب رده (ثمّ انه قد يجعل) العوض فى الصـلح نفس اليمين من المـدعى أو المنكر و تجرى فيه الصور السـابقه و احكامها عـدا انه لا يعقل جعله عوضاً عن حق اليمين نعم قـد يستشـكل فى صحته بان المـدعى إذا كان جازما بكـذب المنكر فكيف يجعل العوض يمينه المحرم عليه و كـذا المنكر إذا كان جازما بكـذب المـدعى ربمـا يتخلص عن ذلك بايقاع الصـلح على انه إن حلف المـدعى دفع إليه ما ادعاه أو ان لم يحلف فلا حق له و هكـذا بالنسبه إلى المنكر من دون ان يجعل العوض نفس اليمين.

المسأله ۳: إذا اصطلح الشريكان عند انتهاء الشركه و إراده فسخها

على اخـذ أحـدهما رأس المـال و البـاقى للآـخر ربـح أو خسـر صـح و لو كان فى الابتـداء أو الأثناء فان اصـطلحا على ان تكون الشركه بينهما كذلك بطل و الا صح.

المسأله ۴: إذا كان أحد العوضين أو كلاهما بالصلح عينا شخصيه

فبـان من غير الجنس بطل و ان ظهر فيه عيب فله الفسـخ و هل يتخير بينه و بين الارش اشـكال اقواه العـدم (و ان كان كليا) فظهر الخلل فى الفرد المدفوع وفاء فلا بطلان و لا خيار فى الصلح و إنما هما فى الوفاء فيرجع ببدله ان شاء.

المسأله ۵: لا يعتبر فى الصلح على النقدين القائم مقام السلف قبض فى المجلس

(و اما الربا) فيجرى فيه بناء على ما هو الأقوى من عمومه لجميع المعاوضات لكن لو اتلف عليه قيميا كحيوان يسوى عشره دنانير فصالحه عنه بأقل أو اكثر صح و لم

يتحقق ربـا فان الصـلح إنما هو عن الحيوان لا عن قيمته بناء على ما هو الحق من ان الثابت فى العهـده فى التلف أو الإتلاف إنما هو نفس التالف لا بدله و البدل إنما يكون تداركاً له حين الأداء.

المسأله ۶: يجوز جعل السقى بالماء أو اجرائه إلى أرضه عوضا فى الصلح عن غيره

و معوضا بغيره و أحد السقيين أو الاجراءين عوضا و الآخر معوضا مع ضبطه بمده معلومه.

(و اما اللواحق)

اشاره

ففى بعض موارد الصلح القهرى و بعض أحكام التنازع ذكرت هنا استطرادا بمناسبه ان الحكمه فى تشريع الصلح قطع التجاذب و التنازع بين المتخاصمين و فيها مسائل:

المسأله ۱: لو كان بيدهما درهمان فادعاهما أحدهما و ادعى الآخر أحدهما

فان كانا بيـدهما أو لا يد لأحدهما كان لمدعيهما درهم و نصف و للآخر نصف من دون يمين (بقاعده العدل التى مرت الإشاره إليها و موردها حيث لا بينه كما هو واضـح) سواء ادعى الثانى واحـداً معيناً أو نصـفا منهما مشاعا اما إذا كانا بيد أحدهما حسـب فالقول قوله بيمينه.

المسأله ۲: لو اودعه رجل درهمين و آخر درهما فتلف أحدها

فـان امتزجت قبـل التلف امتزاجـا يوجب الشـركه كـان التالف بينهما أثلاثا و كـذا الباقى فلـذى الـدرهمين درهم و ثلث و لـذى الـدرهم ثلثـاه و لو فرضت المسـأله فى متسـاوى الأـجزاء كـالحبوب كـان الحكم بما ذكر أوضـح (اما إذا اشـتبه الثالث) من دون امتزاج اختص ذو الدرهمين بواحد و قسم الآخر بينهما من دون يمين و لا قرعه.

المسأله ۳: لو كان لواحد ثوب بعشرين درهما و للآخر ثوب بثلاثين ثمّ اشتبها

فان خير أحدهما صاحبه فقد انصـفه و الا كانا كالشـريكين بنسبه القيمتين فلذى العشرين سهمان من خمسه و لذى الثلاثين ثلاثه منهـا فلو بيعـا وزع الثمن عليهمـا بتلـك النسـبه سواء بيعـا مجتمعين أو منفردين اختلفـا فى الثمن أو تساويا فيه و لا قرعه بل لو لم يشتبها و بيعا مجتمعين كان الثمن موزعا بينهما كذلك.

المسأله ۴: لو تنازل صاحب السفل و العلو فی جدار البیت

حلف صاحب السفل و فی جدران الغرفه أو سقفها یحلف صاحبها (و اما سقف البیت) الذی هو ارض للغرفه فان کان کالازج کسبب و جمعه امزاج کأسباب قد رصف فیه بین السقف و الجدران بالاجزاء الخارجه عن سمت الجدران قبل انتهائها فهو لصاحب السفل بیمینه و الا فهو لصاحب الغرفه بیمینه و فی الدرج و محلها یحلف صاحب العلو و فی الخزانه تحتها یتحالفان و فی المسلک یحلف صاحب العلو فی قدر ما یسلکه و یحلف الآخر علی الزائد ما لم یشترکا فی سلوکه فیتحالفان.

المسأله ۵: قالوا لو تنازع راکب الدابه و قابض لجامها فیها أو فی سرجها

حلف الراکب و فی لجامها حلف القابض و لو کان لأحدهما حمل علیها و الآخر قد قبض زمامها حلف صاحب الحمل و فی تمامیته علی اطلاقه اشکال و لعله یختلف باختلاف الامکنه و الأزمنه و الأشخاص و الدواب و الا فالرکوب و الحمل فی هذا الزمان لا یدل علی ملکیه (و لو تنازعا ثوبا) فی ید أحدهما اکثره فهما سواء و لو کان أحدهما ممسکا له و الآخر لابسا بحلف اللابس (و لو تنازعا فی العبد) و علیه ثیاب لأحدهما و یدهما علیه تحالفا و لو کان لأحدهما علیه ید و للآخر ثیاب حسب حلف ذو الید (و لو تنازع صاحب البیت) فی الغرفه المبنیه علیه مع من فتحت إلیه بابها فان کان من إلیه بابها متصرفا فیها بسکنی و نحوها حلف و الا حلف صاحب البیت.

المسأله ۶: إذا تداعیا جدارا

فان لم یتصل ببناء أحدهما و اتصل ببنائهما معاً تحالفا و ان اتصل ببناء أحدهما خاصه أو کان له علیه جذع أو قبه أو غرفه أو ستره قضی له به بیمینه و لو اتصل بأحدهما و للآخر علیه جذع أو نحوه تساویا (و الخص بالضم) و هو بیت القصب یقضی به لمن إلیه معاقد القمط بالکسر و هو الحبل الذی یشد به الخص (و اما) الآثار المصنوعه فی الجدر کالروازن و الرفوف و النقوش و الأوتاد فان کانت فی اصل البناء قضی بها کالقمط و الا فلا.

المسأله ۷: إذا ادعی دارا فی ید آخر

فان اقر له بالید السابقه أو الملکیه السابقه و ادعی الانتقال منه إلیه أو إلی مورثه انقلب المدعی منکراً و المنکر مدعیا و کذا لو

شهدت البینه بإقراره بل و کذا لو شهدت بالید السابقه أو الملکیه کذلک (و أولی منه) ما إذا علمنا أو علم الحاکم بذلک فتنتزع العین فی جمیع ذلک من ذی الید و تسلم إلی المالک السابق إلی ان یثبت انتقالها منه و ذلک لقصور أدله حجیه الید عن اعتبارها فی قبول إنکار المالک السابق سواء ثبتت ملکیته السابقه بإقرار ذی الید أو البینه أو غیرهما مما یوجب العلم بها (الأقوی فی جمیع هذه الصور عدم الانقلاب و تقدیم الید الفعلیه علی الملکیه السابقه سواء ثبتت بالعلم أو بالاقرار أو بالبینه نعم لو اقر بالملکیه السابقه و ادعی الانتقال تحقق الانقلاب و صح الانتزاع حتی یثبت الانتقال و الله العالم) (هذا مع انکاره للانتقال) (اما لو کان جاهلا) بذلک کانت الید حجه علیه کما تکون حجه علی غیره فلا یسوغ له الدعوی بالعین ما لم یعلم بکون الید عادیه (و منه یعلم) انه لا یقدح فی تشبث فاطمه علیها السلام بالید فی فدک دعواها تلقیها الملک من رسول الله صلّی الله علیه و آله و سلَّم بعد ان لم یکن فی قبالها من ینکر التلقی منه و لیس الجهل بالسبب کانکاره فی سماع الدعوی و مطالبه البینه و إلا لانفتح باب واسع لأکل أموال الناس فان اکثرهم یعترفون بان کثیر مما فی أیدیهم کان ملکا للسابقین و لا یعلم ورثتهم الانتقال (و لو اقر ذو الید) بالملکیه السابقه لمورث خصمه و ادعی الانتقال منه إلیه أو إلی مورثه فهل هو کما اقر بها له ینقلب مدعیا أم لا وجهان اقواهما الثانی و کذا لو ثبتت الملکیه السابقه للمورث ببینه أو علم.

المسأله ۸: إذا علم فی زمان ان الید غصب أو ودیعه أو عاریه أو وکاله أو إجاره أو نحوها ثمّ شک بعد ذلک فی انها صارت ید ملک أم لا

لم یحکم بالملکیه لذیها بل یجری استصحاب بقائها علی حالها و کون الملک للمالک الأول فان الید إنما تتقدم علی الاستصحاب الجاری فی قبالها (و بعباره اجلی ان الید التی تقدم علی الاستصحاب هی الید المقرونه بدعوی الملکیه لا مطلق الید فالید المجهوله یتقدم علیها الاستصحاب و یکون مبنیا حالها) لا علی الاستصحاب الجاری فیها المعین لحالها.

الکتاب الخامس عشر فی الودیعه

اشاره

و هی أوضح افراد الأمانه التی لم یبلغ علی علیه السلام ما بلغ به عند رسول الله صلّی الله علیه و آله و سلَّم إلا بصدق الحدیث و أدائها و هما الجالبان للرزق و الموجبان للجواز علی الصراط و مشارکه الناس فی أموالهم و ما بعث الله نبیا الا بهما و قد اکدوا صلوات الله علیهم وجوب أدائها للبر و الفاجر حتی المجوس و النواصب و قتله أولاد الأنبیاء (و النظر) فی العقد و المتعاقدین و الأحکام:

(اما العقد)

فینشأ به الاستنابه فی الحفظ و یفتقر إلی ایجاب و قبول و یصحان باللفظ وحده و بالفعل وحده و بالمرکب منهما و یکفی کلما دل علی ذلک و لو بالتلویح أو الکتابه أو الإشاره المفهمه.

(و اما المتعاقدان)

فیعتبر فیهما الکمال بالبلوغ و العقل فلا یصح اخذ الودیعه من الطفل و المجنون و لا إعطائها لهما فلو قبض قبض منهما ضمن حتی لو تلفت بلا تعد و لا تفریط سواء کانت لهما أو لغیرهما مع الإذن من مالکها و عدمه نعم لو ارسلها المالک بید أحدهما کان ایداعا منه فیصح ان اکتفینا بمثله فی الإیجاب و لم نعتبر المقارنه بینه و بین القبول کما لیس بالبعید (و علی أی تقدیر) فلا یبرأ بالرد الیهما بل یجب الرد إلی ولیهما ان کانت لهما و إلی مالکها إن لم تکن لهما (و لو اودعهما لم یضمنا) بالتلف قطعا بل و لا- بالاهمال و ترک الحفظ لاستناد التلف إلیه حیث اودع من لا- یجب علیه الحفظ (و اما الإتلاف) مباشره باکل و نحوه أو تسبیبا باحراق و نحوه فان کانا ممیزین ضمنا و إلا فلا (و اما العبد) إذا استودع فاتلف أو فرط فالضمان علیه یتبع به بعد العتق سواء کان قبوله باذن المولی أو بدونه الا- إذا کان التفریط بسبب المولی و لو بمنعه عن الحفظ فالضمان علیه (و یعتبر فیهما) لاختیار فلو اکره المودع علی الایداع فقبض الودعی مختارا ضمن بالتلف و لو بدون تفریط (و لو اکره الودعی) علی الاستیداع لم یجب علیه الحفظ فلا یضمن بالتلف و لو من جهه الاهمال و یضمن بالإتلاف و کذا لو اکرها (و اما الرشد) و عدم الفلس فمعتبر ان فی المودع دون الودعی فلو کان المودع سفیها أو مفلسا ضمن القابض بالتلف و لو من دون تفریط.

(و اما الأحكام)

اشاره

ففيها مسائل:

المسأله ۱: إذا قبل الودعى الوديعه

وجب عليه حفظها ما دام ودعيا بل و لو بعد الفسخ إلى ان يردها إلى المالك و منه يعلم عدم المنافاه بين وجوب الحفظ و كونها من العقود الجائزه (و تحفظ بما جرت) العاده به فى حفظها على وجه لا يعد الودعى مضيعا و مفرطا و هو مختلف باختلاف الامكنه و الأزمنه و اصناف الوديعه و تحفظ الشاه فى المراح و الدابه فى الاصطبل و الثياب و النقود فى الصندوق و هكذا- و لو عين المالك- موضعا للحفظ اقتصر الودعى عليه فلا- يجوز نقلها إلى غيره و ان كان احفظ إلا أن يخاف تلفها فيه فينقلها إلى الاحفظ أو المساوى مع الإمكان فان تعذر فالادون و لا ضمان.

المسأله ۲: إذا كانت الوديعه حيوانا

وجب سقيه و علفه على المتعارف سواء أمره المالك بذلك أم لا بل يجب ذلك حتى مع النهى فلو ترك ضمن و ان مات بغيره الا مع النهى فياثم و ضمان- و لو كانت الوديعه شجرا- وجب سقيه و حرثه على المتعارف فلو ترك ضمن الا مع النهى فلا اثم و لا ضمان ثمّ ان أمره المالك بالانفاق انفق و رجع و إلا استأذنه فان تعذر استأذن الحاكم فان تعذر انفق بنيه الرجوع ان أراده و رجع و ان أمكنه الاشهاد اشهد و الا- فالقول قوله فيها و فى قدرها المعروف- و فى حكم الإنفاق- ما يفتقر إليه الحيوان من الدواء و غيره.

المسأله ۳: إذا أراد الظالم أخذ الوديعه

فان تمكن الودعى من دفعه بما لا حرج فيه و لا ضرر وجب فان أهمل ضمن فان كان يمكن دفعه بالاستتار و لم يكن عليه فيه حرج و لا- ضرر استتر و ان توقف على الكذب جاز بل وجب بل لو لم يقنع الا باليمين حلف فان اليمين الكاذبه سائغه لدفع الضرر عن نفسه أو أخيه و لو أمكنه التوريه بما يخرجه عن الكذب فعل- و لو توقف- على مصانعته بمال من غيرها دفع و رجع- و لو أمكن- دفعه ببعضها وجب حتى لو كانا وديعتين فطلبهما و أمكنه دفعه بأحدهما فلم يفعل ضمن- و لو- لم يندفع بشى ء من ذلك و توقف على تحمل جرح أو ضرب أو شتم أو سب لم يجب- حتى لو كان جليلا- لا يليق بشأنه الكلمه

الواحده جاز له الدفع و لا اثم و لا ضمان- اما لو كان ممن لا تضر به الكلمه أو الأكثر وجب تحملها و لا يدفع الامانه- سواء تولى الظالم اخذها بنفسه أو قهره على تسليمها و القول بجواز رجوع المالك عليه فى الثانى فيرجع هو على الظالم ضعيف.

المسأله ۴: يجب رد الوديعه على المودع أو وليه أو وكيله مع المطالبه على المتعارف فى رد الودائع

فلا يجب عليه شده الاسراع بركض و نحوه و ان اقترحه المالک و لا قطع الأكل و الحمام و النافله و نحوها و لو تعارض وجوب الرد مع بعض الواجبات قدم الاهم و لا يبعد تقديم الرد فيما لو كان قد نذر الاعتكاف مثلا سنه فى مكان مخصوص للضرر على المودع بحبس ماله و إذا أخر حيث لا يجوز له التأخير أثم و ضمن.

المسأله ۵: لا ضمان فى الوديعه إذا تلفت أو عابت الا بالتعدى

اشاره

بفعل ما لا يجوز فعله كلبس الثوب و نحوه أو التفريط بترک ما وجب فعله كالحفظ و نحوه-

و يتحقق التعدى – بأمور:

الأول: الانتفاع

فلو لبس الثوب أو ركب الدابه ضمن إلا أن يركب لدفع الجموح عند السقى أو يلبس لدفع الدود عند الحر بل لو اخرج الدابه من حرزها و الدراهم من كيسها للانتفاع ضمن و ان لم ينتفع و لو ردها إلى الحرز لم يزل الضمان بل تكون وديعه مضمونه ما لم يجدد الاستيمان أو يبرئه من الضمان أما لو نوى الأخذ للانتفاع فلم يأخذ و لم تتغير نيته فى قبضه للمالک فلا ضمان و هذا بخلاف ما إذا تغيرت نيته فجدد الامساک لنفسه أو جحد أو عزم على المنع فهو وقت تغير النيه أو الجحود أو العزم غاصب و كذا لو نوى من أول الأمر حين الأخذ من المالک الانتفاع و إن لم ينتفع.

الثانى: الامتزاج

فلو مزجها بماله بحيث لا تتميز ضمن سواء باجود أو مساو أو اردى و لو مزجها بوديعه أخرى لمالک آخر ضمنها و لو كان باذن من أحدهما ضمن للآخر حسب بل لو مزجها بمال المودع ضمنها سواء كان وديعه أو غصبا أو غيرهما و لو اذن له المالک فى اخذ البعض و لم يأذن فى رد البدل فرده و مزجه ضمن الجميع.

الثالث: فتح الختم و حل الشد و ما أشبه ذلک

من فک القفل و فتق الخياطه و نحوهما فلو اودعه مالا فی کيس مختوم ففتحه ضمن و ان لم يکن قاصدا اخذ شی ء منه.

الرابع: الايداع من غيره

فلو اودعها عند زوجته أو ولده أو عبده أو أجنبی و ان کان ثقه ضمن إلا لضروره أو اذن فلو اضطر لخوف تلف عليها لو بقيت فی يده جاز له ايداعها و کذا لو فارقها لضروراته و استحفظ عليها من يثق به و الظاهر ان الودعی الثانی مع الإذن يکون ودعيا للمالک فلا تنفسخ الوديعه بموت الأول أو جنونه و الاستعانه بحفظ الزوجه أو الولد أو العبد ليس من الايداع عندهم فلا اثم فيه و لا ضمان.

الخامس: السفر بها من غير ضروره

و لا اذن اما لو اودعه فی حال السفر أو کان الودعی ممن ينتجع الکلاء جاز و لا ضمان و لو خرج إلی حدود البلد أو قری قريبه منه بحيث لا يطلق عليه السفر عرفا جاز مصاحبتها مع امن الطريق و لا يحرم عليه السفر من اجلها و لو لم يکن ضروريا فلو أراده تخير بين إرجاعها لمالکها أو وکيله فان تعذر فإلی الحاکم فان تعذر اودعها الثقه و ابقاها فی حرزها اللائق بها فی داره بيد الناظر عليها و علی سائر أمواله فان خاف عليها التلف و لم يمکن إرجاعها إلی مالکها أو من بحکمه جاز له السفر بها و لا ضمان و لو توقف حفظها علی السفر بها لم يجب- الوجوب مع عدم المشقه و الحرج اقوی و المؤنه علی المالک- نعم لو اختار السفر وجب اخذها معه.

السادس: الامتناع من الرد مع القدره

و طلب المالک و فی حکمه الجحود مع طلب المالک إلا إذا کان لمصلحه الوديعه بان قصد دفع ظالم أو متغلب أو کان لعذر من نسيان و نحوه و لو جحدها ابتداء أو عند سؤال غير المالک فلا ضمان إذا کان قاصدا للإخفاء لمصلحه المالک

(و يتحقق التفريط) بأمور:

الأول: التقصير فی دفع المهلکات

فلو ترک علف الدابه أو سقيها مده لا تصبر عليه عاده فهلکت ضمن کما سبق و لو ترک نشر الثوب المفتقر إليه أو طرح الاقمشه فی

المواضع الـتی تعفنهـا أو الکتب فی المواضع النـدیه التی تفسـدها ضـمن و کـذا لو لم یعرض الثوب الـذی یفسـده الـدود للریح کـالصوف و الابریسم و لو لم ینـدفع الا باللبس وجب الا مع نهی المالک و کـذا لو توقف حفظ الکتب علی تقلیبها و النظر فیها وجب و لو ترک شیئا من ذلک للجهل باحتیاج الودیعه إلیه أو نسیان أو اکراه أو نحو ذلک مما یکون الودعی معذورا فیه شرعا فان صحت نسبه الإتلاف إلیه حتی مع ذلک ضمن و إلا فلا ضمان.

الثانی: التضییع

بان یلقیها فی مضیعه أو یدل علیها سارقا أو یعترف بها لظالم اختیارا أو یسعی بها إلی من یصادر المالک و نحو ذلک.

الثالث: ترک الوصیه بها و الاشهاد علیها إذا حضرته الوفاه

و لا یبعـد انه یجب حینئذ ردها علی المالک مع الإمکان و إلا فالحاکم و إلا فعدول المؤمنین و مع التعذر یشـهد علیها و یوصـی بردهـا فلو لم یفعـل اثم و ضـمن الا ـ إذا مات فجأه فلا اثم و لا ضـمان (و یجب تعیینها و تعیین مکانها) و صاحبها فلو قال عنـدی ودیعه لفلان و ابهم ضمن و کذا لو ذکر الجنس و ابهم الوصف و إنما یضمن بذلک فی الودیعه التی علم بکونها عنده إلی حال الموت (و اما لو) علم بوجودها عنده فی الجمله أو أقیمت البینه علی ذلک و احتمل ان ترکه الوصیه بها و الاشهاد علیها لردها أو تلفها بغیر تعـد و لا تفریط فلا ضـمان لأصاله البراءه و استصـحاب بقائها و عـدم ردها لا یثبت التفریط بها بترک الایصاء الا علی القول بالأصـل المثبت فلو لم یشـهد و أنکر الورثه اصـل الودیعه فـالقول قولهم و لا یمین الا إذا ادعی علیهم العلم فیحلفون علی نفیه و کذا لو اقروا بها و لکن لم توجد فی الترکه و ادعی المودع انه قصـر فی الاشهاد فقال الورثه لعلها تلفت قبل ان ینسب إلی التقصیر.

المسأله ۶: قد سبقت الإشاره إلی دلاله الأخبار علی وجوب رد الامانه علی البر و الفاجر و المسلم و الکافر

و لو کـان مجوسـیاً أو شامیـاً أو حروریـا بل و لو کان قاتل علی أو الحسـنین علیهم السـلام أو أولاد الأنبیاء فضـلا عن المخالفین الذین نحن معهم فی هدنه الا ان یظهر صاحب الأمر ارواحنا له الفداء و قد عمل بها الاصحاب علی عمومها حتی

فی الحربی و حتی لو کـان للودعی عنـد المودع مـال قـد امتنع من أدائه فاراد المقاصه من ودیعته (لکن ان لم یکن إجماع) کان للنظر فی الاـخیرین مجـال لمـا تطـابقت علیه الأدله من جواز المقاصه و جواز تملک مال الحربی بکل طریق من الربا و السـرقه و نحوهمـا و انه کالاـمور المبـاحه و انه فی فی ء للمسـلمین فیمکن انصـراف تلک الأخبار إلی کل محترم المال ممن لم یکن علیه حق المقـاصه أو حملهـا علی الکراهه فی مثـل ذلـک للائتمـان (کمـا یمکن دعوی انصـراف أخبار الحربی إلی غیر الامانه و غیر المقاصه و بعباره أخری ان الائتمان جعله محترما).

المسأله ۷: لو کان المودع غاصبا للودیعه

لا یجب بل لا یجوز ردها إلیه و لو مات فطلبها وارثه وجب الإنکار ثمّ ان امکنه الرد إلی صاحبها فعل و الا کانت فی یـده بمنزله اللقطه یصـیبها فیعرفها حولا فان أصاب صاحبها ردها علیه و الا تصـدق بها فان جاء بعـد ذلک خیره بین الاجر و الغرم فان اختار الاـجر فله و ان اختـار الغرم غرم له فکـان الاـجر له و لـو مزجهـا الغـاصب بمـاله ثمّ اودع الجمیع ردهـا إلی الحـاکم مع الإمکـان لیقسـمها و یرد علی الغاصب ماله ان علم قدره و ان لم یعلم القدر اجری الصلح معه و ان تعذر الحاکم قام مقامه عدول المؤمنین و الا تولی الودعی القسمه أو الصلح.

المسأله ۸: الامانه قسمان مالکیه و شرعیه

فالمالکیه ما اذن فی قبضـها المالک و الشرعیه ما اذن فی قبضها الشارع دون المالک نحو ما تطیره الریح إلی دار الغیر و ما یؤخذ من الغاصب أو الصبی أو المجنون من مال الغیر أو من مالهما إذا خیف علیه التلف فی ایدیهما أو یتسلمه منهما نسیانا و ما یوجد فی المبیع خطأ ممـا لیس منه و اللقطه فی یـد الملتقط مع ظهور المالک و نحو ذلک و کل أمانه مالکیه إذا بطلت بموت و نحوه صارت أمانه شرعیه (و تفترق الشرعیه) عن المالکیه فی أمرین- أحدهما- الرد إلی المالک فانه یجب المبادره إلیه فی الشرعیه و لو لم یطلبه المالـک و لاـ یجب فی المـالکیه الا بالطلب- ثانیهما- قبول قوله فی الرد إلی المالک فلا یقبل فی الشـرعیه مطلقا الا بـالبینه (و امـا المـالکیه) فـان کـان کـالودیعه ممـا کـان القبض لمصـلحه المالـک قبل بیمینه و ان کان کالعاریه مما کان القبض لمصلحه القابض فلا یقبل الا بالبینه.

المسأله ۹: تبطل الوديعه بموت كل من الودعى و المودع أو جنونه أو اغمائه و ان قصر وقتهما فتصير أمانه شرعيه

- فان- عرض ذلك للودعى وجب على وارثه أو وليه أو عليه بعد صحته و افاقته ردها إلى المالك فورا و ان لم يطالب (و ان عرض) للمودع وجب على الودعى ردها إلى وليه أو وارثه فان اتحد الوارث فذاك و ان تعدد سلم كل ذى حق حقه و ليس له ان يسلم الكل إلى البعض من غير اذن فلو فعل ضمن.

المسأله ۱۰: إذا اختلفا فى اصل الوديعه أو تلفها أو ردها على المالك أو وكيله و لا بينه

قبل قول الودعى بيمينه و لو ادعى ردها على الوارث لم يقبل إلا بالبينه (اما لو دفعها) إلى أجنبى و ادعى الإذن من المالك فان أنكر المالك صدق بيمينه (ثمّ المدفوع) إليه ان كذبه كان القول قوله أيضا بيمينه و ان صدقه فان كانت العين باقيه ردت و ان كانت تالفه فالمالك بالخيار فى الرجوع على من شاء منهما و القرار على من تلف بيده الا إذا كان مغرورا (و لو أنكر الوديعه) فاقيمت عليه البينه فادعى الرد أو التلف من قبل فان كانت صيغه الجحود إنكار اصل الوديعه لم يقبل قوله لا ببينه و لا بدونها لتناقض كلاميه و ان كانت صيغه الجحود لا يلزمنى شى ء قبل بيمينه (و لو اعترف المالك) بتلفها قبل الجحود بلا تعد و لا تفريط فلا ضمان و كذا لو اقام الودعى بينه على قرار المالك بذلك اما إذا دعى تلفها أو ردها بعد الجحود سمعت دعواه ببينته لا بيمينه لخيانته (لكن) إذا اقامها على الرد برئ مطلقا و لو اقامها على التلف برئ من الإلزام بالعين دون البدل لضمانه بالخيانه (و إذا كانت فى يده) وديعه فادعياها اثنان فان صدق أحدهما قبل بيمينه فان نكل و حلف الآخر غرم له البدل و لو اقر بها لهما قسمت بينهما و ان اكذبهما انتفت دعواهما و لكل منهما احلافه و لا يبعد كفايه يمين واحده (و لو قال هى لأحدهما و لا اعرفه بعينه) فان صدقاه فى نفى العلم فذاك و ان كذباه حلف على نفيه و كذا لو قال لا أدرى هى لكما أو لأحدكما أو لغيركما و تقر فى يده حتى يثبت مالكها- ختام- لو اشترط الوديعه على الودعى فى ضمن عقد لازم فان كان على نحو شرط النتيجه لزمت و ان كان على نحو شرط الفعل بقيت على

الجواز و لو اشترط فی ضمن عقد لازم عدم الرجوع فیها لزم و هل یلزم لو اشترط ذلک فیها وجهان اقربهما اللزوم.

الکتاب السادس عشر فی العاریه

اشاره

بتشدید الیاء و قد تخفف من التعاور و هو التداول و هی عقد یعتبر فیه انشاء الربط بین الإیجاب و القبول لا إیقاع یکفی فیه الإذن فی الانتفاع و لو بالفحوی أو بشاهد الحال کالانتفاع بظروف الهدایا بالاکل و انتفاع الضیف فی الدار و الفرش و الاوانی و نحوها (و اما الانتفاع باعیان الصدیق) المفهوم من فحوی الإذن شرعا بالاکل من بیته فهو من الاباحه الشرعیه لا المالکیه فضلا عن العاریه کغیره من البیوت التی تضمنتها الآیه فالنظر فی العقد و المعیر و المستعیر و المستعار و الأحکام:

(اما العقد)

فینشأ به التسلیط علی الانتفاع فی العین مجانا و لا حصر فیما ینشأ به ایجابا و قبولا بل یکفی کلما دل علی التسلیط من طرف المعیر من قول بأی لغه أو فعل أو کتابه أو إشاره و لو مع القدره علی النطق و کذا من طرف المستعیر.

(و اما المعیر)

فیعتبر فیه الکمال بالبلوغ و العقل و الرشد و الاختیار و الحریه و عدم الفلس لکن لو اذن الولی للصبی أو السفیه جاز مع المصلحه و یکون الولی هو المعیر (و یعتبر فیه أیضا) أن یکون مالکا لإعاره تلک العین التی اعارها بملکیه لها أو لمنفعتها فیصح للمستأجر الاعاره إذا لم یشترط علیه استیفاء المنفعه بنفسه (أو وکاله عن مالکهما) أو ولایه علیه أو اذن منه فلیس للمستعیر الاعاره الا باذن المالک فلو اعار بدون اذنه بطل و لو اذن جاز (فان صرح) بکون العاریه منه صار المستعیر کالوکیل أو النائب عنه فی ذلک فلا یقدح موته أو جنونه فی بقائها (و إن صرح) بکونها من المستعیر نفسه جاز و کذا إذا أطلق فتبطل حینئذ بموت المستعیر الأول أو جنونه و لیس من ذلک عاریه الدار إذا ادخل المستعیر من شاء من أولاده و عیاله و غیرهم فانه لیس من باب الاعاره لهم بل من جهه ان من انتفاعه انتفاعهم علی نحو انتفاع دوابه و نحوها کما انه لیس منه استیفاء المنفعه بوکیله علی وجه یعود الانتفاع له مع کون العین فی یده أو ید الوکیل علی حسب اذن المالک (و لو کان المعیر) فضولیا و قف علی الإجازه فان أجاز

المالک جاز و الا بطل فله الرجوع علی من شاء منهما بالعین و المنفعه فی التلف و الإتلاف مع جهل المستعیر و علمه مع ضمانه للعین و عدمه و لیس لأحدهما الرجوع علی الآخر الا إذا کان المستعیر جاهلا فیرجع علی المعیر بما غرم فی قبال المنفعه لاقدامه علی المجانیه و فی قبال العین إذا لم تکن مضمونه علیه.

(و اما المستعیر)

فیعتبر فیه البلوغ و العقل و لاختیار حسب فتصح استعاره السفیه و العبد و المفلس و یضمنون فیما تضمن فیه العاریه و لا تصح استعاره الصبی و المجنون فلا- یضمنان الا بالإتلاف (و یعتبر ان یکون) معینا فلو اعار أحد الشخصین أو لاشخاص علی سبیل الابهام أو عددا غیر محصور نحو کل الناس و أی أحد من الأشخاص و من داخل الدار و نحو ذلک لم یصح عاریه و صح اباحه نعم لا تعتبر الوحده فی المستعیر فلو اعار اثنین أو أزید و قبلوا جمیعا صح ثمّ (ان صرح) باراده الاجتماع فذاک و الا فلکل منهم الانتفاع مستقلا کما فی الاباحه.

(و اما المستعار)

فهو کلما یصح الانتفاع به مع بقائه کالعقارات و الدواب و الثیاب و الصفر و الحلی و نحو ذلک دون مثل الاطعمه و الاشربه مما لا- ینتفع به الا- باتلافه و تصح اعاره الشاه للحلب و هی المنحه فان اللبن بمنزله المنفعه لها بل یصح فی غیر الشاه کالابل و البقر بل و فی غیر اللبن کالصوف و الشعر و الوبر علی اشکال بل و فی الأمه للإرضاع و یجوز الرجوع فی اللبن مع وجوده و یجوز استعاره کل حیوان له منفعه کالفحل للضراب و الکلب للصید و السنور و الفهد و العبد للخدمه الجاریه لها و لو من الأجنبی علی کراهه و تشتد فی الشابه ممن لا یوثق به و تتأکد فی الحسناء (و یکره) استعاره الأبوین للخدمه و یستحب للترفه و یحرم اعاره العبد المسلم من الکافر و تصح اعاره الأرض للغرس و البناء و الدفن و الدراهم للزینه و تصح الاعاره للرهن (و یعتبر فی المنفعه) أن تکون محلله فلا یصح اعاره اوانی الذهب و الفضه للاکل و الشرب و لا الجواری للاستمتاع و لا کلب الصید للهو و الطرب و هکذا (و لیس للمحرم) استعاره الصید من محرم و لا- محل فان اخذه فاتلفه و لو بالارسال الواجب علیه ضمنه و ان لم یشترط الضمان اما إذا تلف فی یده فلا ضمان لان ما لا یضمن

بصحيحه لا يضمن بفاسده (و إذا كان الصيد) فی يد محرم فاستعاره محل جاز لان ملك المحرم زال عنه بالاحرام و لا يكون عاريه بل يملكه المحل بالاستيلاء كما يملك الصيد المباح و ان لم يجز ذلك للمحرم لوجوب الإرسال عليه بل لو تلف فی يد المحل وجب علی المحرم الفداء.

(و اما الأحكام)

اشاره

ففيها مسائل:

المسأله ۱: ينتفع المستعير مع الإطلاق بما جرت العاده فی الانتفاع بتلك العين المستعاره نوعا و قدرا و مكانا و زمانا دون غيره

فلو اعاره بساطا فرشه أو لحافا تغطی به أو حيوانا للحمل حمله القدر المعتاد و هكذا لو تعددت منفعه العين فی العاده كالدابه للركوب و الحمل و الأرض للبناء و الغرس فان عين نوعا منها تعين و ان عمم عم و ان أطلق فان كان هناك انصراف لبعضها اقتصر عليه و الا فكالتعميم (و ليس له التعدی) عما تعين صريحا أو انصرافا حتی إلی المساوی و الأدنی فلو تعدی اثم و ضمن العين و المنفعه نعم لو كان ما تعدی إليه من توابع تلك العاريه جاز و لا ضمان فلو استعار أرضا للغرس جاز له الدخول إليها لسقيه و حرثه و حراسته و غيرها مما يتعلق به بل يجوز الدخول فيها للاستظلال بذلك الشجر فی نوم أو يقظه بل و للتنزه و نحوه مما تقضی به العاده فی مثل ذلك (و اما انتفاع المعير) بالبناء و الغرس من دون اذن المستعير فان كان كالاستضاءه بنار الغير و الاستضلال بشجر الغير جاز و الا فلا (ان كان تصرف المعير رجوعا لم يجز للمستعير التصرف و الا فهو جائز لهما لان المستعير يملك الانتفاع لا المنفعه فهی باقيه علی ملك المعير فله الانتفاع و له المنفعه فلا وجه لمنعه منها إنما المستعير له الانتفاع لا المنفعه و لا منافاه نعم ليس للمستعير التصرف بما يزاحم انتفاع المستعير بعد الشروع كما فی الموارد التی سيأتی ذكرها فتدبره).

المسأله ۲: عقد العاريه جائز بالذات من الطرفين

فللمعير الرجوع فيها متی شاء سواء كانت موقته أم لا الا إذا شرط فيها أو فی عقد لازم عدم الرجوع فيها مطلقا أو إلی أمد فيلزم و كذا لو شرطها فی ضمن عقد لازم علی نحو شرط النتيجه لا شرط الفعل و إنما يرجع فيما لم يستوف من المنافع دون ما استوفی فلو رجع فيه ليرجع

باجره المثل لغی- و الاستیفاء- یختلف بحسب اختلاف المقامات فقد یتحقق فی بعض الأمور بمجرد الشروع فیها فلیس للمالک الرجوع فی الأثناء بالنسبه إلی ما بقی و ذلک کما لو استعار مکانا للصلاه أو قدرا للطبخ أو اناء للاکل أو فرشا للنوم و هکذا فتلبس فیها فیمکن القول بعدم جواز الرجوع حینئذ علی تامل (و لعل هذا) هو السر فیما حکم به الأصحاب من عدم جواز الرجوع فی موارد: (منها) العاریه للرهن بعد إیقاعه (و منها) عاریه الأرض للدفن بعد الموالاه أو بعد الوضع و لو قبلها فلا رجوع إلی ان یندرس (و منها) عاریه اللوح لاصلاح السفینه ثمّ صار فی لجه البحر فلا رجوع إلی ان یصل إلی الساحل (و منها) عاریه الحائط لوضع طرف الخشب علیه المثبت طرفه الآخر فی ملک المستعیر فلا رجوع حتی ینهدم الحائط أو یرتفع الخشب (و منها) عاریه الأرض للزرع فلا رجوع حتی یستحصد و ینتهی امده (و منها) عاریه الأرض للغرس أو البناء فلا رجوع حتی ینهدم البناء و یقلع الغرس الا إذا وقتها بامد فیجوز الرجوع بعده لا قبله (و اما ما وجه به ذلک) من لزوم الضرر أو معارضه حکم أهم کحرمه النبش- ففیه- انه لو سلم فإنما یثبت عدم ارجاع العین لا عدم الرجوع فی العاریه فیجمع بابقائها و استحقاق أجره المثل لما بقی.

المسأله ۳: قد سبق ان العاریه تسلیط علی الانتفاع مجانا

فلو اعاره بعوض فان جعله عن نفس الانتفاع کان قال اعرتک الدابه بعشره دراهم مثلا بطل فان استوفی لزمه أجره المثل (إذا قصد العاریه بطلت و اما لو قصد الإجاره و قلنا بصحه استعمال ألفاظ العقود بعضها فی بعض فالوجه الصحه) (و اما إذا جعله عوضا عن العاریه) کما لو قال اعرتک داری علی ان تعیرنی دارک أو تهبنی عشره دراهم مثلا صح و کان نظیر الهبه المعوضه التی اشترط فیها العوض فانه عن الفعل لا عن العین ثمّ لو لم یعر الثانی لم یبعد جواز رجوع الأول حتی فیما استوفی فیستحق أجره المثل.

المسأله ۴: العاریه أمانه

فلیس علی مستعیرها ضمان لا فی نقص و لا فی تلف الا بتعد أو تفریط أو اشتراط للضمان و القول بأنه شرط فی عقد جائز فلا یلزم اجتهاد فی مقابله النص أو کانت ذهبا أو فضه فانهما مضمونان اشترطا أو لم یشترطا سواء کانا

دراهم و دنانير أو مصوغا و سواء كان معهما غيرهما أم لا- مزجا أو غيره نعم لو اشترط سقوطه فيهما سقط و كذا لو اشترط سقوطه بالتعدى أو التفريط لرجوعه إلى الإذن بالإتلاف (و لو تلف بالاستعمال) فان كان اتفاقيا كما لو استعار دابه للركوب فاتفق تلفها به لعثره و نحوها فلا ضمان (و ان كان لاستدامه الانتفاع) الموجب لاستيفاء أمد العين كثوب بلى باللبس فان كان مأذونا فيه صريحا فكذلك و إلا فاشكال لانصراف العاريه إلى استعمال غير متلف.

المسأله ۵: التعدى أو التفريط لا يوجب انفساخ العاريه

الا إذا قيدها بعدمهما فلو تعدى أو فرط مع الإطلاق ثمّ عاد إلى الانتفاع المأذون فيه جاز و ضمن العين دون المنفعه.

المسأله ۶: إذا رد العاريه إلى المالك أو وكيله أو وليه الخاص أو العام برئ

و لو ردها إلى الحرز الذى اخذها منه بلا يد المالك و لا اذن منه لم يبرأ.

المسأله ۷: إذا استعار شيئا لينتفع به فى شى ء فانتفع به فى غيره

ضمن العين و المنفعه سواء كان مساويا أو أزيد أو اقل.

المسأله ۸: إذا انكشف بطلان العاريه

فان كانت مضمونه بالذات أو بالعرض أو كان الفساد لعدم مالكيه المعير أو عدم اهليته لصغر أو جنون أو سفه أو فلس أو رقيه أو اكراه أو لجعل عوض فى قبال الانتفاع ضمن المستعير العين و المنفعه و الا ضمن العين دون المنفعه.

المسأله ۹: ضمان العين فى كل مورد تضمن فيه بالمثل ان كانت مثليه و بالقيمه ان كانت قيميه

و المدار فى القيمه من حيث الزمان يوم الأداء و من حيث العين آخر حالات التقويم فان النقص الحاصل بالاستعمال المأذون فيه غير مضمون سواء تلفت أو ردها ناقصه و سواء كان ضمانه بالعرض بشرط أو تفريط أو بالذات كعاريه الذهب و الفضه و سواء كان الاستعمال بعد الضمان أو قبله.

المسأله ۱۰: إذا اختلفا فى انها عاريه أو غصب

حلف المالك و ضمن المستعير العين و المنفعه (و إذا اختلفا فى انها عاريه أو إجاره) و ادعى المالك الإجاره فان كان عقيب

العقد بلا فصل حلف المستعير و انتزع المالک العین إن شاء (و ان کان بعد) مضی المده أو بعضها حلف المالک و استحق اقل الامرین من أجره المثل و المسمی نعم إذا کانت الأجره اقل کان له احلاف المستعیر لنفی الزائد فان نکل استحقه (ثمّ ان کانت العین باقیه) ردها مع الأجره و ان کانت تالفه فان لم تکن العاریه مضمونه و لم یکن تعد و لا تفریط فلا شی ء علی المستعیر من جهتها و الا فبدلها مع الأجره (و لو انعکست) الدعوی فادعی المالک العاریه المضمونه بالذات کالذهب و الفضه أو بالعرض للاشتراط أو التفریط و الآخر الإجاره (فان کانت العین موجوده) فللمالک انتزاعها بالیمین و لیس له عوض المنفعه شی ء لاعترافه بالعاریه و ان وجب علی الآخر ایصاله إلیه بأحد الطرق و (ان کانت تالفه) فان اتفقت الأجره و القیمه اخذها المالک بدون یمین (أما إذا اختلفتا) فان زادت القیمه اخذ المالک الزائد بالیمین و ان زادت الأجره فلیس له الا مقدار القیمه و ان وجب علی الأخر ایصال الزائد إلیه بأحد الطرق (و لو اتفقا علی العاریه و اختلفا) فی الرد حلف المالک الا ان یقیم المستعیر البینه (و فی التلف و التعدی) و التفریط و اشتراط الضمان و مقدار القیمه فی موارد الضمان یحلف المستعیر و لو ادعی علی المالک اشتراط لزومها فیها أو عقد آخر حلف المالک.

الکتاب السابع عشر فی الوکاله

اشاره

بفتح الواو و کسرها و هی استنابه فی التصرف اسم من التوکیل و هو أن تعتمد علی الوکیل و تجعله نائبا عنک و منه قوله تعالی [وَ کَفی بِاللّهِ وَکِیلًا]* و هی عقد لا إیقاع نعم الإذن بالفعل و الأمر به من الإیقاعات (ان وقع بعدها قبول فهی عقد و الا فهی اذن لا عقد و لا إیقاع و تظهر الثمره بینهما فی بعض الموارد) و یترتب علیهما صحه الفعل کما فی الوکاله لکنه لا یتحقق بذلک معناها (و النظر) فی العقد و الموکل و الوکیل و متعلق الوکاله و الأحکام:

(اما العقد)

فلا بد فیه من ایجاب و قبول (و یکفی فی الإیجاب) کلما یدل علی ذلک من قول بأی لغه أو فعل أو کتابه أو إشاره حتی مع القدره علی النطق فلو قال له وکلتنی فقال نعم أو اشار بما یدل علی التصدیق کفی و الصریح من اللفظ وکلتک أو استنبتک أو فوضتک و اما لو قال بع أو اشتر أو أطلق أو اعتق افتقر إلی القرینه و الا فهو اعم من الوکاله و الإذن (و لا یکفی) فی تحقق الوکاله العلم بالرضاء الباطنی و ان کان فعلیا فضلا عما لو کان تقدیریا و ان کفی فی جواز التصرف من حیث الحرمه التکلیفیه لکن لا یخرج بذلک عن الفضولیه و یکفی فی القبول کلما کفی فی الإیجاب و یزید بکفایه الرضاء الباطنی فلو قال وکلتک فی البیع فباع صح الحصول الرضاء الباطنی قبله (و الصریح من اللفظ) قبلت أو رضیت و لا یشترط مقارنته للایجاب فیکفی و لو تأخر إلی سنه فما زاد فان الغیب و لو فی بلاد نائیه تنفذ وکالتهم فی طلاق أو تزویج أو بیع أو شراء أو غیرها (و یعتبر) فیه التنجیز علی المشهور فلو علقه علی شرط متوقع أو وصف مرتقب بطل لکن القول بالصحه ان لم یکن إجماع قوی و علی البطلان فالظاهر نفوذ التصرف بعد حصول ما علق علیه للاذن الضمنی فیه و ان بطلت الوکال (و لو نجزها و علق التصرف إلی أمد) کما إذا قال وکلتک الآن و لا تتصرف الا بعد شهر فیکون نظیر الواجب المعلق فی التکلیفیات صح (و تتحقق

الوكاله) باشتراطها على نحو شرط النتيجه فى ضمن عقد لازم أو جائز و إن لم ينشئها بعقد مستقل.

(و أما الموكل)

فيشترط فيه البلوغ و العقل و الحريه و رفع الحجر (فلا يصح) توكيل الصبى مميزا كان أم لا بلغ عشرا أم لا اذن له الولى أم لا الا فيما له مباشرته كالوصيه و الصدقه و العتق و الطلاق على قول- و لا المجنون- اطباقيا أو ادواريا و لا المغمى عليه قصر امده أم طال (بل لو عرض) أحدهما بعد التوكيل بطل على المشهور و ان كان للصحه وجه- بل لو قبل- بان له فى حال عقله و افاقته ان يوكل من يتصدى اموره فى حال جنونه و اغمائه فيتقدم الوكيل على الحاكم الشرعى بل و على الأب و الجد لكان وجيها- و لا المملوك- قنا أو مدبرا أو أم ولد إلا باذن المولى الا فيما لا يقف على الإذن كالطلاق و الخلع- و الإذن فى التجاره- اذن فى التوكيل فيما جرت العاده بالتوكيل فيه دون غيره- و اما المكاتب- و لو مشروطا فيصح توكيله فيما له مباشرته كالاكتساب بالبيع و الشراء و نحوهما دون غيره- و لا السفيه و المفلس- فى ما لهما الا باذن الولى و الغرماء و يجوز فى مال غيرهما و فيما لا حجر عليهما فيه كالطلاق و الخلع و استيفاء القصاص و نحوها و لو وكلا فى حاله للتصرف بعد زواله صح- اما لو وكلا- للتصرف فى ذلك الحال فزال ففى الصحه اشكال- و لا الوكيل- الا باذن من الموكل و يجوز الإذن فى التوكيل عن نفسه و عن الموكل فإذا صرح بأحدهما أو عينته القرائن فذاك و الا ففى انصراف الإطلاق إلى توكيله عنه أو عن الموكل أو شموله لكل منهما اوجه و لا يبعد ان الأول اوجه (و لكن الأخير اقرب)- و ترفع الوكيل- عن مباشره ما وكل فيه أو اتساع متعلقها مع علم الموكل بذلك قرينه على الإذن فى التوكيل عن نفسه (ثمّ ان وكل) عن نفسه صار الثانى وكيلا للوكيل ينعزل بانعزاله لانه فرعه و بعزل كل منهما له (و إذا وكل) عن الموكل صار الثانى فى عرض الوكيل الأول فايهما سبق فى التصرف نفذ و لا ينعزل الا بعزل الموكل لا بعزل الوكيل الأول و لا بانعزاله- و للزوج- ان يوكل فى الطلاق حاضرا كان أو غائبا (و للأب و الجد) أن يوكلا عن الصغير و المجنون- و للحاكم- أن يوكل

عن السفهاء و البله من يتولى المرافعه لهم- و يكره- لذوى الشرف ان يتولوا المخاصمه بنفوسهم بل يستحب لهما التوكيل-

و أما الوكيل

فيشترط فيه البلوغ و العقل فلا تصح وكاله الصبى الا فى مجرد اجراء صيغه البيع و نحوه على وجه و لا المجنون و المغمى عليه ابتداء لا استدامه فلو عرضا بعدها يمكن القول بعدم البطلان فيصح تصرفه بعد الافاقه من دون تجديد على تأمل- و يستحب- استحبابا ارشاديا- أن يكون الوكيل تام البصيره فيما وكل فيه عارفا باللغه التى يتحاور بها فيه- و يشترط فى الموكل و الوكيل- الاختيار فيبطل مع اكراههما أو اكراه أحدهما الا إذا لحق الرضا- و لا يشترط فى الوكيل الإسلام- فيجوز توكيل الكافر حتى على تزويج المسلمه من المسلم كما يجوز توكيل المسلم على تزويج المشركه من الكافر بل يجوز توكيل المرتد و ان كان فطريا- نعم يكره أن يتوكل المسلم- لكافر على مسلم بل لا يجوز عند المشهور توكيل الكافر على مسلم لمسلم أو كافر لكن الجواز على كراهيه اوفق بالقواعد و كما لا يمنع الكفر من الوكاله ابتداء فكذا لا يمنع من استدامه فلو ارتد الوكيل لم تبطل وكالته- و كذا لا يشترط فيه- العداله فيجوز توكيل الفاسق حتى فى ايجاب النكاح- و لا الحريه- فيجوز توكيل المملوك باذن مولاه حتى فى شراء نفسه من مولاه و يجوز للمولى توكيله حتى فى بيع نفسه أو اعتاق نفسه بل يجوز توكيله فى مثل اجراء الصيغه مما لا ينافى حق المولى و لو بدون اذنه- بل لو قيل بصحه العقد- أو الايقاع الصادر منه وكاله حتى لو كان منافيا لحق المولى بل و حتى مع نهيه و ان عصى و اثم لم يكن بعيدا نظير ما لو نهاه الوالد عن الوكاله أو عن اجراء عقد البيع أو نذر عدمه ثمّ فعل- و لا الذكوره- فيصح توكيل المرأه فى البيع و الشراء و نحوهما و عقد النكاح ايجابا و قبولا و الطلاق لنفسها و لغيرها من زوجها و غيره و الرجوع فى طلاقها أو طلاق غيرها- و لو وكل عبده أو زوجته- أو اذن لهما ثمّ أعتق أو أطلق بقيت الوكاله الا مع التقييد بالعنوان- و لو باع العبد- فان كانت الوكاله أو الإذن فيما لا يقف على اذن المولى فكذلك و الا فلا بد من إجازه المالك الجديد و (لو وكل) عبد غيره ثمّ اشتراه بقيت الوكاله (و لا ارتفاع الحجر) فيجوز توكيل السفيه و المفلس (و لا الامانه) فيجوز

توكيل غير الامين فى ماله دون مال غيره مما له ولايه عليه كالقاصر و الثلث و الوقف و نحوها (و يجوز وكاله) الواحد عن المتعاقدين فيتولى طرف العقد (و يجوز توكيله) على استيفاء القصاص و الحد من نفسه و كذا استيفاء الدين من نفسه (و يجوز وكاله) الاثنين عن واحد بشرط الاجتماع فلا ينفرد أحدهما بشى ء من التصرف حتى مع غيبه لآخر و لو مات واحد منهما أو عزل بطلت فليس للثانى التصرف و لا للحاكم ان يضم معه شخصا آخر (و تجوز على) الاستقلال فيكون لكل منهما التصرف مستقلا فلو و كلهما على بيع داره مثلا فباعها أحدهما من شخص و الآخر من آخر فان كانا دفعه بطلا و ان تعقبا صح الأول و بطل الثانى (و لو كان خياريا) كان لكل منهما الفسخ و الامضاء و لو سبق أحدهما بأحدهما لم يبق محل للآخر (و لو و كلهما على) إخراج ما عليه من زكاه أو خمس فدفعه كل منهما فان تعاقبا برئت ذمته بالأول و له استرداد الثانى و ان وقعا دفعه تخير فى استرداد أيهما شاء و إنما يسترد مع وجود العين (و اما مع تلفها) فلا ضمان و لو فرض ذلك فى الدين استرد العين مع وجودها و البدل مع تلفها- و يجوز اشتراط الاجتماع- على أحدهما دون الآخر فلا ينفذ تصرف الأول مستقلا بخلاف الآخر- ثمّ ان صرح- بأحد الانحاء اتبع- و ان أطلق فالظاهر اشتراط الاجتماع- على كل منهما و لو شك رتب حكم الاجتماع-

و اما متعلق الوكاله

اشاره

- فيعتبر فيه أمور:

الأول: عدم الابهام الموجب لعدم تحصيل المراد

فلو قال وكلتك فى أمر من امورى أو فى شى ء من اموالى لغى و لو قال بع ما شئت من اموالى أو اقض ما شئت من ديونى صح و كذا لو قال وكلتك فى كل قليل و كثير من امورى أو أنت وكيلى مطلقا فتصرف فى مالى كيف شئت أو وكله على بيع املاكه و عبيده و تطليق زوجاته أو جعله بمنزله نفسه فى جميع ما يتعلق به و لا غرر للعموم و لا ضرر لوجوب مراعاه المصلحه و لو وكله فى شراء عبد أو شاه و أطلق جاز و لو وكله فى إبراء ذمه شخص من الدين الذى له عليه صح و ان لم يعلم هو و لا الوكيل و لا المديون مقدار الدين و

لو قال بع بما باع به فلان سلعته جاز و ان لم يعلما بالقدر حين الوكاله و لو وكله على المخاصمه مع غرمائه جاز و ان لم يعينهم حينها.

الثانى: أن يكون سائغا شرعا تكليفا و وضعا بالنسبه إلى الوكيل و الموكل

فلا تصح الوكاله فى المحرمات العامه كالعقد على المحارم و شراء آلات اللهو و الطرب و الخمر و الخنزير و بيعها- و لا فى المحرمات- الخاصه كعقد النكاح و شراء الصيد و بيعه و حفظه فى حال الاحرام منهما أو من أحدهما نعم لو وقعت الوكاله فى حال الاحرام على إيقاع بعد الاحلال فلا بطلان- و كذا لو وكل الولى- حال احرامه على العقد للمولى عليه و كان هو و الوكيل محلين علو وجه (و لو كان الوكيل) جنبا أو حائضا لم يصح توكيله على كنس المسجد و ان كان الموكل طاهرا و يصح العكس كما يصح توكيل المسلم للكافر فى شراء مسلم أو مصحف و يبطل العكس.

الثالث: أن يكون مملوكا للموكل

فلو وكله على بيع دار غيره لغى الا- إذا أجاز لكن لا- يعتبر الملكيه حال الوكاله بل يكفى حال الوقوع من الوكيل فلو وكله على شراء عبد و عتقه و بيع شى ء و قبض ثمنه أو فسخه بالخيار و التصرف فى املاكه المتجدده بل و كذا لو وكل شخصا على شراء و آخر على بيع ما يشتريه أو وكل حال الحيض أو فى طهر المواقعه على الطلاق بعد الطهر الذى لا مواقعه فيه بل لو قيل بالصحه فى التوكيل على طلاق زوجه سينكحها أو اعتق عبد سيملكه أو وفاء دين سيستدينه أو تزويج امرأه إذا انقضت عدتها أو طلقها زوجها لم يكن بعيدا.

الرابع: أن يكون قابلا للنيابه عرفا

و لم تعتبر فيه المباشره شرعا (فان الأفعال) منها ما يقابل النيابه فينتسب إلى المنوب عنه بفعل النائب كالبيع و نحوه- و منها- ما لا يقابل ذلك كالنوم و الأكل و الشرب و نحوها و الأصل المستفاد من العمومات صحه الوكاله شرعا فى كلما يقبل النيابه عرفا الا ما خرج باشتراط المباشره فيه شرعا- و قد حكم الاصحاب بعدم صحه الوكاله- فى موارد لعدم قابليتها للنيابه ذاتا أو عرضا لاشتراط المباشره- فمنها الطهاره من الحدث- مائيه أو ترابيه و هذه مما لا تقبل النيابه بالذات لا اختيارا و لا اضطرارا ان أريد النيابه فى نفس الطهاره بان

یتوضأ أو یتیمم شخص نیابه عن آخر- و اما غسل الأعضاء- و مسحها فهما و ان کانا مما یقبلان النیابه ذاتا لکنها لا تصح فیهما مع الاختیار لاشتراط المباشره و اما مع الاضطرار فیسقط اشتراط المباشره و یجزی فعل الغیر لکن لا یجب ان یکون بعنوان النیابه بل لو وقع بعنوان الاستعانه کما هو الغالب اجزأ و لذا یجزی حتی من الطفل و المدیون و منه یعلم الحال فی الطهاره من الخبث فانها غیر قابله للنیابه بمعنی نیابه شخص فی تطهیر بدنه أو ثوبه عن آخر (و اما غسله لبدن الآخر و ثوبه) فهو و ان قبل النیابه الا انها غیر معتبره فیه بل هو مجز بما هو فعل الآخر من دون نسبته إلی المنوب عنه و لذا یجزی حتی من الطفل و المجنون بل حتی لو اطارت الریح الثوب لی الماء فانغسل.

(و منها) الصلاه الواجبه عن الحی لاشتراط المباشره و الا فهی مما تقبل النیابه بالذات و لذا شرعت عن المیت و فی المنوب و لو عن الحی بل و فی بعض أفراد الواجب رکعتی الطواف فی النیابه فی الحج عن الحی العاجز.

(و منها) الصوم واجبه و مندوبه عن الحی لاشتراط المباشره و لذا جاز عن المیت و هو و ان کان فی نفسه بما هو امساک غیر قابل للنیابه ذاتا لکنه بما هو انقیاد و طاعه قابل لها و مثله الاعتکاف.

(و منها) الحج الواجب عن الحی مع القدره لاشتراط المباشره و الا فهو مما یقبل النیابه بالذات و لذا صح عن المیت و فی المندوب و لو عن الحی و مع العجز حتی فی الواجب.

(و منها) القسم بین الزوجات و قضاء العده و هذان لا یقبلان النیابه بالذات لان الغرض من الأول الاستمتاع و من الثانی استبراء الرحم.

(و منها) الشهاده و الیمین لقطع الخصومه لاعتبار المباشره فیهما شرعا و الا فهما مما یقبلانها بالذات.

(و منها) القضاء فلا یجوز التوکیل فیه علی المشهور لاشتراط مباشرته من المجتهد الجامع للشرائط فالنائب ان کان کذلک کان نائبا عن الإمام و الا لم یصح و ان کان

هو مما يقبل النيابه بالذات و لذا صحت النيابه فيه عن الإمام فى النائب الخاص و النائب العام.

(و منهـا) الحجر من الحاكم فليس له ان يوكل من ينوب عنه فيه على المشـهور لاشتراط المباشـره و كـذا ليس للمحجور عليه ان يستنيب من يحكم عليه بالحجر عنه بحيث تكون أموال النائب محجورا عليها.

(و منها) الغصب و السـرقه و القتل و سائر الجنايات فلا اثر فيها للوكاله شرعا بل هو تكليفا و وضعا دائر مدار المباشره أو التسبيب و الا فهى مما تقبل النيابه بالذات و كذا سائر المعاصى لا اثر فيها للوكاله شرعا و ان كان فيها ما يقابل النيابه.

(و منها) رد السـلام فلا اثر فيه للوكاله لوجوب المباشـره على المسـلم عليه و اما السـلام الابتدائى من شـخص بعنوان الوكاله عن آخر فقـد يقال بصـحته فيجب على المسـلم عليه الرد و كذا لو سـلم أصاله عن نفسه على شـخص بعنوان الوكاله عن آخر و كذا الوكاله فى تبليغه ابتـداء و ردا- و ذكروا موارد آخر- جزموا فى بعضـها بعدم صـحه الوكاله و ترددوا فى آخر (كالنذر و العهد و اليمين) و الظهار و اللعان و الايلاء فان كان المراد إيقاع النائب لها فيما يتعلق بنفسه على نحو النيابه عن آخر فهو كما ذكروا و ان كـان المراد اجراء النـائب صـيغها متعلقه بـالمنوب عنه فلاـ مانع منه كما فى سائر العقود و الإيقاعات (و كالالتقاط و الاحتطاب و الاحتشـاش) و احياء الموات و الإقرار (و الحق صـحه الوكاله فيها اجمع) و كـذا تصـح فى الجهاد و الـدفاع إذا لم تتعين مباشـرته على الموكل بتعيين الإمام أو يتوقف الـدفع عليه و لا يقـدح فى ذلك كونه واجبا كفائيا على الوكيل كالموكل فانه يصح الإتيان به نيـابه عن آخر فيسـقط عنهمـا و يكون الفعـل منتسـبا إلى المنوب عنه (و تصـح الوكاله) أيضا فى استيفاء الحقوق و الحـدود و إثباتها سواء كانت للخالق أو المخلوق.

(و منها) الديات و القصاص و الحقوق الماليه كالخمس و الزكاه فيصح توكيل الساده و الفقراء غيرهم فى قبضها عنهم و ايصالها إليهم و توكيل من عليه تلك الحقوق غيره فى ايصالها إلى محلها و يصح التوكيل فى الخصومه و ان لم يرض الخصم و الأخذ

بالشفعه و الإبراء و قسمه الصدقات و الفسخ و الرد و الإقاله و الامضاء و الإجازه و قبض العوض و المعوض و كافه العقود و الإيقاعات.

(و أما الأحكام)

اشاره

ففيها مسائل:

المسأله ۱: إذا عين الموكل جنسا أو نوعا أو صنفا أو شخصا من العقود و الإيقاعات أو غيرها

أو مكانا أو زمانا أو بائعا أو مشتريا أو وصفا أو قدرا فى العين أو الذمه بالنقد أو النسيئه بخياره و عدمه تعين (و إذا عمم تخير و إذا أطلق باع) أو اشترى (بثمن المثل) الا بما يتغابن بمثله كدرهم فى الف (و الا مع وجود باذل للازيد) فيتعين الازيد بل لو باع بخيار فوجد الباذل للزياده فسخ البيع عليه- حالا الا إذا كانت- المصلحه فى النسيئه كما إذا كان الطريق مخوفا- بنقد- البلد فان اتحد تعين و ان تعدد فبالأغلب فان تساوت فبالأنفع فان استوت نفعا تخير- و ليبتع الصحيح- دون المعيب الا إذا كان العيب خفيا فيصح و يثبت الخيار و كذا لو خفى ثمن المثل فاشترى بالازيد- و ليس للوكيل التعدى- عما استفيد من الوكاله تنصيصا أو اطلاقا فان تعدى و لو خطا أو جهلا أو سهوا كان فضوليا و ضامنا لما يتلف بيده من مال الموكل إذا لم يجز نعم لو عين ثمنا للبيع أو الابتياع به فامكن البيع بالازيد و الابتياع بالاقل جاز و لا ضمان لقضاء العرف بان الغرض من التحديد عدم البيع بالاقل و عدم الابتياع بالازيد (و ذا كان) فى المعامله التى اوقعها الوكيل خيار فان كان وكيلا على مجرد اجراء الصيغه فليس له اعماله (و ان كان وكيلا) مطلقا كان له ذلك و يجب عليه مراعاه المصلحه فان كانت فى الفسخ و ان كانت فى الامضاء امضى فلو كانت فى الامضاء ففسخ أو فى الفسخ فسخ فامضى لغى و بقيت المعامله على حالها (و هل يضمن) الضرر الوارد من جهه عدم الفسخ وجهان اقربهما الضمان- و التوكيل فى الخصومه- ليس توكيلا فى الصلح و لا الإقرار و لا الإبراء- و التوكيل فى إثبات حق- ليس توكيلا على قبضه و بالعكس- و التوكيل على البيع أو الشراء- بإطلاقه ليس توكيلا على تسليم المبيع أو الثمن و لا على قبض الثمن أو المثمن الا بتعارف أو عاده أو قرينه أخرى و حينئذ فليس له الاقباض الا بعد القبض فلو اقبض قبله فتعذر القبض

ضمن قیمه البدل لا ـ قیمه المبدل و لو قال اقبض حقی من فلان فله القبض منه و من وکیله لا وارثه لو مات الا مع القرینه- و لو قال اقبض حقی- الذی علی فلان کان له مطالبه الوارث و إذا وکله فی بیع فاسد لم یملک الوکاله فیه و لا فی الصحیح سواء کانا عالمین أو جاهلین أو مختلفین فلو باع أو شتری و دفع المثمن أو الثمن فهو فضولی و یضمن ما دفع مع عدم الإجازه- و یجوز مع الإطلاق- البیع أو الشراء من قریبه أو صدیقه أو ولده أو زوجته (اما من نفسه) فان نص الموکل فیه علی اذن أو منع فذاک و إلا ـ جاز و ان کان الأولی الترک فان النفس خدوع و الإنسان ظنون فربما یحملاه علی الخیانه- و لو دفع إلیه مالا- من الحقوق الشرعیه أو غیرها و و کله علی تقسیمه فان عین له اشخاصا فذاک و ان وکله علی تقسیمه علی الفقراء أو طلبه العلم أو نحوهم من العناوین الکلیه فان نهاه عن الأخذ فلیس له و ان کان منهم اما إذا أطلق جاز إذا کان منهم و ان کان الأولی الترک و إذا فلیاخذ بمقدار احدهم لا أزید.

المسأله ۲: الوکاله عقد جائز من الطرفین

فللوکیل ان یعزل نفسه مع حضور الموکل و غیبته فینعزل و ان لم یعلم الموکل بذلک و هل یبقی جواز التصرف للاذن الضمنی أم لا قولان اقربهما الأول لکن مع علم الموکل بالعزل لا یبعد زوال الإذن الا مع القرینه مع بقائها (و أوضح منه فی ذلک) ما إذا وکله فرد فلا ـ یجوز التصرف بعده الا ـ باذن جدید و إذا بطلت الوکاله و کان فیها جعل بطل و ان بقی جواز التصرف (و اما الموکل) فلا ـ یؤثر عزله للوکیل الا ـ بعد اعلامه و لو باخبار ثقه و الا فالوکیل إذا وکل ثمّ قام عن المجلس فامره ماض ابدا و الوکاله ثابته حتی یبلغه العزل فلو تصرف قبل ذلک نفذ و ان کان الموکل قد عزله اشهد علی عزله أم لا تمکن من اعلامه فلم یفعل أم لا فی النکاح و غیره (هذا مع الإطلاق) (اما لو شرطا) فیها أو فی غیرها من العقود اللازمه عدم العزل لزم فلا ینفذ العزل سواء کان الشرط من کل منهما علی الآخر أو من أحدهما حسب بل و کذا لو شرطاه فی غیرها من العقود الجائزه لکن ما دام العقد باقیا اما لو فسخاه کان لهما الفسخ فیها أیضا (و فی حکم) ذلک ما لو شرطت الوکاله فی ضمن عقد لازم أو جائز علی نحو شرط النتیجه فیجری علی کل حکمهم (اما لو

شرطت على نحو شرط الفعل) فان كان الشرط مجرد الايقاع وجب و بقيت على جوازها فينفذ العزل و ان كان الشرط هو الايقاع و الإبقاء لم ينفذ العزل.

المسأله ۳: تبطل الوكاله بعد تحققها بموتهما و بموت الموكل أو الوكيل

فلا- تنتقل الوكاله إلى وارثه الا- إذا اشترط كون وارثه وكيلا- بعده أو كانت مشروطه فى عقد لازم و كان متعلقها حقا راجعا للوكيل كما إذا اشترط كونه و كيلا فى نقل شى ء من مال الموكل له و كذا برقيتهما (اما برقيه الموكل فنعم و اما برقيه الوكيل فلا-) أو رقيه أحدهما كما لو كان كافرا فاسترق (أو فسق الوكيل) إذا علقت لوكاله على عدالته إجماعا و بجنون أحدهما أو اغمائه أو فلس الموكل أو سفهه على المشهور و لا فرق عندهم بين طول الإغماء و قصره و اطباق الجنون و ادواره لكن سبق انه ان لم يكن إجماع أمكن ان يقال بعدم البطلان بعروض الجنون أو الإغماء للموكل فللوكيل التصرف الا ان يعزله الولى و كذا عروضهما للوكيل لا يوجب انفساخها و و إنما يوجب عدم نفوذ تصرفه ما دام كذلك فلو افاق نفذ بدون تجديد للوكاله و سفه الموكل كجنونه و اغمائه و فلسه كجنون الوكيل و اغمائه (و لا- فرق فى موارد البطلان) بين علم الوكيل بعروض المبطل على الموكل و عدمه فلو تصرف جاهلا فتبين وقوعه بعدم عروض المبطل بطل و الحمل على التصرفات الواقعه بعد العزل و قبل علم الوكيل به قياس فلو وكله فى قبض دين أو استدانه شى ء أو بيع أو ابتياع ففعل فانكشف وقوعها بعد عروض المبطل فالمال باق على ملك الدافع يجب رده إليه و لو تلف فى يده فالضمان عليه لا- على الموكل و لو مع جهله بعروض المبطل (و اما مال الموكل) الذى بيده فببطلان الوكاله يصير أمانه شرعيه يجب المبادره إلى رده إليه أو إلى وارثه من دون مطالبه و الا ضمن لو تلف (و تبطل الوكاله أيضا) بفوات متعلقها اما باتلاف أو تلف كقتل العبيد الموكل فى بيعهم أو موتهم و لو تلف بعض و بقى بعض بطلت فيما تلف و بقيت فيما بقى الا- مع التقييد بالجميع و لو دفع إليه دينارا مثلا- ليشترى به فتلف مضمونا فهل تبطل الوكاله أو تتعلق ببدله وجهان اقربهما الثانى (و اما بفعل ما ينافيها) كعتق ما وكل فى بيعه أو بيع ما وكل فى عتقه و لو ظهر فساد ما اوقعه لم تبطل الوكاله لعدم فوات المتعلق الا إذا

دلت القرائن على إراده العزل (و ليس منه وطى) الزوجه التى وكله فى طلاقها أو الأمه التى وكله فى بيعها لعدم المنافاه نعم لو فهم منه إراده العزل بطلت به لا بفوات المتعلق و لو شك بقيت للاستصحاب و اما بفعل ما وكل فيه منه أو من وكيله الآخر أو من فضولى فاجاز و لا تبطل بالنوم و ان تطاول ما لم يؤد إلى الإغماء و الا بالكسر الا إذا أوجب فسقا و كان الوكيل ممن تعتبر فيه العداله كولى اليتيم و الوقف على المساكين.

المسأله ۴: الوكيل سواء كان بجعل أو لا أمين

لا يضمن الا بتعد أو تفريط أو اشتراط للضمان فيها أو فى غيرها فلو تعدى أو فرط ضمن لكن لا تبطل وكالته بذلك و لا يخرج عن الضمان الا بالرد أو ما بحكمه إلى المالك أو من بحكمه لا بالعود إلى ما هو ماذون فيه نعم لو باع ما تعدى فيه و سلمه إلى المشترى برأ لانه تسليم ماذون فيه فيجرى مجرى قبض المالك و لا يكون الثمن مضمونا لعدم التعدى فيه- و هل يبرأ- بمجرد البيع و لو قبل التسليم فإذا تلف و انفسخ البيع لم يكن على الوكيل ضمان وجهان اقربهما الأول- و أولى منه بعدم الضمان- ما لو عاد بخيار أو تقابل فتلف فانه كالعود من المالك بعد وصوله إليه فهو كالاستيمان الجديد.

المسأله ۵: يجب على الوكيل تسليم ما فى يده إلى الموكل أو وكيله مع المطالبه

و عدم العذر على حسب ما سبق فى رد الوديعه فان امتنع من غير عذر اثم و ضمن اما إذا كان معذورا فلا اثم و لا ضمان- و لو امتنع لإراده الاشهاد- على التسليم فان لم يناف الفوريه العرفيه أو كان يظن الضرر بعدمه لكون المالك فى معرض الجحود كان له ذلك فلا اثم و لا ضمان و الا فلا و كذا حكم كل من عليه حق لغيره من غير فرق بين من يقبل قوله فى الرد كالودعى و غيره و بين من للمالك عليه بينه بقبض الحق و غيره.

المسأله ۶: لا يجب على الوكيل فى الايداع أو وفاء الدين أو تسليم المبيع و نحوها الاشهاد على ذلک

فلو لم يشهد فأنكر الودعى أو الغريم أو المشترى فلا ضمان على الوكيل نعم لو صرح الموكل بارادته فترک ضمن.

المسأله ۷: لو وكله على أداء ما عليه من الحقوق الشرعيه كالخمس و الزكاه و نحوها فانكشف انه دفعها إلى غير اهلها

لم تبرأ ذمه الموكل و اما الوكيل فان اعتمد

على طريق شرعى فاخطأ الطريق لم يضمن و الا ضمن و كذا لو وكله على وفاء دينه فدفعه إلى غير الغريم.

المسأله ٨: الركن فى المعاوضات العوضان لا المتعاوضان

فلو وقعت المعاوضه على عين مال الموكل لم يعتبر ذكر اسمه لفظا بل و لا قصدا بل لو قصد الوكيل نفسه أو غيره لغى و وقعت للموكل نعم فى النكاح لا- بد من ذكر الموكل و تعيينه لا-ن الزوجين فى النكاح بمنزله العوضين فى البيع و إذا نسى الوكيل الوكاله ففعل ما وكل فيه بعنوان الفضوليه صح و نفذ و كذا لو نسى الموكل أو هما ذلك و كذا الحكم فى الاباحه لو نسيها المبيح أو المباح له أو هما فانه لا يكون محرما عليه نعم مع جهل المباح له أو نسيانه يكون متجريا.

المسأله ٩: لو كان لإنسان على غيره دين فوكله على ان يشترى له به متاعا

(فان أراد توكيله) على تعيينه وفاء عما فى ذمته فى فرد ثمّ الشراء به برأ الوكيل بمجرد التعيين فلو تلف قبل الشراء أو بعده قبل قبض البائع كان تلفه على الموكل و لو اشترى به ثمّ فسخ البيع بخيار أو اقاله رجع الثمن إلى الموكل (و ان أراد توكيله) على الشراء بنفس الدين على وجه يكون الثمن نفس ما فى ذمه المديون لم يبرأ إلّا بالشراء فتفرغ به ذمته من الموكل و تشتغل للبائع و لو فسخ البيع بخير أو اقاله عاد اشتغال ذمته للموكل و لا اثر فى هذه الصوره للتعيين (و ان أراد توكيله على الشراء بكلى فى ذمه الموكل ثمّ دفع الدين وفاء عنه لم يبرأ الّا بالتسليم إلى البائع فان الدين لا يتعين الا بقبض الغريم أو من هو بمنزلته و هو إنما يتحقق فى المقام بقبض البائع فقبله لا تبرأ ذمه المديون من الدين و ان عينه فى فرد و لو فسخ البيع فى هذه الصوره فان كان بعد قبض البائع رجع الثمن إلى الموكل و الا فهو باق على ملك الوكيل (و ان أطلق) بحيث شمل اطلاقه الجميع تخير الوكيل و ايا فعل جرى عليه حكمه.

المسأله ١٠: كل موضع يبطل فيه تصرف الوكيل للمخالفه أو غيرها

فان أجاز الموكل فذاك و إلا- فان صرح باسم الموكل فى العقد لم يقع عن أحدهما سواء كان العقد واقعا على عين مال الموكل أو فى ذمته و الا قضى به على الوكيل فى الظاهر و

يتخلص الوكيل بتجديـد العقـد مع البائع فان لم يمكن اخذ المبيع مقاصه عما اعطاه من الثمن (و كذا لو أنكر) الموكل الوكاله و حلف لكن يتخلص الوكيـل هنا ان كان محقا من الموكل اما بالمقاصه بان يأخـذ المبيع عوضا عما اداه من الثمن و يتراد الفضـل أو بالشـراء منه و لو بان يقول له الموكل ان كان لى فقد بعته منك فلا يكون منافيا لإنكاره و لا يقدح مثل هذا التعليق فى صـحه البيع و ما إذا كان مبطلا تخلص من البائع بنحو ما سبق.

المسأله ۱۱: إذا وكل على بيع مال غيره فضولا فباع الوكيل

فللمالك إجازه الوكاله فيصحان و يستحق الوكيل الجعل ان كان و له إجازه البيع حسب فتبطل الوكاله فلا يستحق جعلا.

المسأله ۱۲: إذا انكشف فساد الوكاله

فان اتلف الوكيل أو تعـدى أو افرط أو كانت العين مضـمونه باشتراط الضـمان أو كان الفساد لعدم مالكيه الموكل و عدم اهليته لصغر أو جنون أو سفه أو فلس أو رقيه أو اكراه ضمن و الا فلا.

المسأله ۱۳: إذا وكله على عقد أو إيقاع كنكاح أو طلاق أو أداء دين أو إعطاء خمس أو زكاه أو تطهير ثوب

فان علم الموكل بإتيان الوكيل و شك فى صـحته و فساده بنى على الصـحه اما إذا شك فى الإتيان فان كان ثقه و اخبره بالاتيان صدقه و الا فلا.

المسأله ۱۴: مدعى الوكاله يصدق فى المال الذى فى يده

فيجوز الشـراء منه و ترتيب سائر الآثار الا إذا علم كذبه أو انكره المالك (و لو ادعاها) فيما ليس بيده لم يصدق الا إذا جاء ببيان (و لو ادعاها) عن غائب فى قبض ماله من آخر فان اقام بينه عليها وجب على الآخر الأداء فان امتنع فان قال له لا تسـتحق المطالبه لم يسـمع و الزمه الحاكم بالاداء (اما لو ادعى عزله) أو إبراء المديون أو الأداء للموكل سـمع و عليه البينه فان عجز فليس له على الوكيل يمين الا ان يدعى عليه العلم فيحلف على نفيه فان نكل فليس له المطالبه و ان حلف الزمه بالدفع و كذا إذا صدقه و كان الحق دينا- اما إذا كان- عينا فان دفعها له بمقتضـى تصـديقه فـذاك و إلا فليس للحاكم إلزامه به لانه تصـديق فى حق الغير- ثمّ ان دفع- فحضر المالك فان اعترف بالوكاله أو اجاز القبض

فـذاك و الا فالقول قوله بيمينه فان حلف (فان كان الحق عينا) و كانت موجوده اخذها (و ان كانت تالفه) كلا أو بعضا تخير فى الرجوع بالبـدل على من شـاء منهما و لا يرجع أحـدهما على الآخر لو رجع عليه إذا كان التلف بغير تفريط لاعترافهما بكونه ظلما امـا إذا كـان بتفريـط من الوكيـل اتجه رجوع الـدافع عليه لو غرم (و امـا إذا كان) الحق دينا فليس له الرجوع الا على الغريم دون الوكيـل نعم يرجع الغريم على الوكيل بما دفعه له ان كان باقيا أو تالفا بتفريط منه فيقتص منه عوض ما دفعه إلى صاحب الحق و الاـ فلاـ و اما إذا- كـذبه الغريم فى دعوى الوكاله لم يجب عليه الـدفع لا فى العين و لا فى الـدين و لو ادعى عليه العلم كان له اليمين لو كان الحق دينا لا عينا لان كل موضع يلزم الغريم التسليم لو اقر يلزمه اليمين إذا أنكر و ما لا فلا.

المسأله ۱۵: الوكاله ولايه على التصرف

فلا تثبت الا بالعم و لو الحاصل من الشـياع و يقضـى به الحاكم لو حصل له كما يقضـى به فى غيرها من حقوق الناس أو حقوق الله عز و جل أو اقرار الموكل أو شـهاده عدلين عليها أو على الإقرار بها لا بشـهاده النساء منفردات و منظمات و لا بشاهد و يمين و لا بالشـياع الضـمنى و لا بموافقه الغريم و ان لزم بإقراره نعم لو اشـتملت على مال كما إذا كانت بجعل و قد فعل مقتضاها ثبت المال بالشاهـد و اليمين و بشاهد و امرأتين دونها و ان تبعضت الشـهاده كما فى السـرقه حيث يثبت المال دون القطع و الظاهر ان العزل كالوكاله فيما يقبل و ما لا يقبل هذا فى مقام المرافعه- اما فى غيره- فلا يبعد كفايه العدل الواحد بل الثقه فيها و فى العزل عنها (و يعتبر فى الشاهـدين) توافقهما على المشـهود به زمانا و مكانا و صـيغه و غيرها من سائر الخصوصـيات فلو اختلفا فان علم بعدم تعدد العقد لغت و ان احتمل تعدده قبلت كما تقبل لو شهدا بها مطلقه أو شهدا بالاقرار و ان اختلفت الخصوصيات أو شهد احدهما بها مطلقه أو بالاقرار و الآخر بالعقد.

المسأله ۶: إذا اشترى الوكيل لموكله

فـان لم يـذكره فى العقـد و لم يكن البائع عالما بالوكاله فليس له المطالبه بالثمن الا من الوكيل و لو ادعى الوكيل علمه بالوكاله حلف على نفيه (و ان ذكره فى العقد) فان اشترطا ان تكون المطالبه للوكيل أو الموكل أو هما

اتبع و الا فان كانت الوكاله على اجراء الصيغه أو الشراء حسب دون القبض و الاقباض مع علم البائع بذلك حال البيع فليس له الا مطالبه الموكل- و ان كان- و كيلا مستقلا حتى فى القبض و الاقباض كعامل القراض تخير فى مطالبه أى منهما شاء و لا فرق فى جميع ما ذكر بين أن يكون الثمن شخصيا أو فى الذمه كما لا فرق بين الشراء و البيع و غيرهما من المعاوضات.

المسأله ۱۷: تقبل شهاده الوكيل لموكله فى غير ما وكل فيه

كما تقبل عليه مطلقا و لا تقبل فيما هو وكيل فيه مع التهمه و عدمها مع الجعل و عدمه لانها كشهاده الإنسان لنفسه و مثلها شهاده الولى فيما هو ولى فيه و الوصى فيما هو وصى فيه.

المسأله ۱۸: فى التنازع

(إذا اختلفا فى اصل الوكاله) حلف المنكر سواء كان النزاع بينهما أو بين ورثتهما أو بين أحدهما و وارث الآخر أو بين المالك و المشترى- و لو اتفقا على اصلها- و اختلفا فيما عداه مما يتعلق بها- فان كان- فى الصحه و الفساد حلف مدعى الصحه- و ان كان- فى اشتراط شرط من أحدهما على الآخر حلف منكره فلو ادعى الوكيل اشتراط لزومها أو جعل فيها حلف الموكل و لو ادعى الموكل اشتراط التبرع أو غيره حلف الوكيل- و ان كان- فى تعيين الموكل فيه حلف الموكل سواء كان الاختلاف فى تعيين المثمن أو الثمن أو البائع أو المشترى أو المكان أو الزمان أو غيرها مما يرجع أمره إلى الموكل و سواء كان الاختلاف على نحو التباين أو الإطلاق و التقييد أو التعميم و التخصيص أو الأقل و الأكثر فلو قال وكلتك فى بيع العبد فقال بل الجاريه أو فى شراء رقبه مؤمنه فقال بل مطلق الرقبه أو فى دفع المال إلى فقير هاشمى فقال بل إلى كل فقير أو فى البيع بمائه فقال بل بخمسين أو فى الشراء بخمسين فقال بل بمائه و هكذا فالقول قول الموكل بيمينه- بل حتى لو ادعى الموكل- تعيين البيع بأزيد من ثمل المثل و الشراء بالاقل أو تعيين نقد خاص أو عروض خاص و ادعى الوكيل الإطلاق المنصرف إلى ثمن المثل و نقد البلد- و إذا حلف الموكل- على نفى ما يدعيه الوكيل- فان كان- المشترى منكرا للوكاله زاعما ان العين للوكيل فليس للموكل الرجوع عليه لا بالعين و لا قيمتها بل يرجع على الوكيل حسب الا إذا ادعى

عليه العمـل بالوكـاله و ان العين له فيحلف على نفيه و الاـ حلف هو و رجع عليه- و اما إذا اعـترف- بهـا كـان الرجوع على كل منهمـا بالعين أو ببـدلها و بمنافعها المسـتوفاه- ثمّ ان كان- المشترى مصـدقا للوكيل فيما يـدعيه لم يكن له الرجوع عليه لاعترافه بكون الموكل ظالما له و الا رجع للغرور (و للمشترى) على تقـدير صدقه المقاصه من الثمن بمقدار ما غرم و يرد الفضل ان كان (و ان كان) الاختلاف فيما يرجع إلى الوكيل حلف هو سواء كان فى اصل تصـرفه بان ادعى العمل بما وكل فيه من بيع أو شـراء أو قبض و أنكر الموكـل (أو فى كيفيته) كمـا إذا اشترى شـيئا فـادعى الموكـل كونه له و بوكالته فأنكر و ادعى الشـراء لنفسه أو لغيره أو فى قـدر الثمن الـذى اشترى به كأن قال اشتريت بمائه فقتال الموكل بل بثمانين سواء كان الشـراء فى الذمه أو بعين مال الموكل بثمن المثل أو أزيـد إذا لم يكن الازيـد موجبا للبطلان لخفاء ثمن المثل (أو فى المثمن) الـذى اشتراه كما إذا اعطاه مالا ليشترى به فقال اشتريت به كـذا مقـدارا و قال الموكل بل أزيـد أو فى قبض مال لبيعه أو الابتياع به أو مقـدار المقبوض أو قصـد التبرع أو قبض الجعـل أو التعـدى أو التفريـط أو التلف أو مقـدار قيمه التـالف إذا تلف مضـمونا أو العزل أو بلوغ خبره أو تقـدم التصرف على البلوغ مع جهل التاريخين أو العلم بتاريخ التصرف و لو علم تاريخ البلوغ و جهل تاريخ التصرف حلف الموكل- و لو وكله- فى قبض حق له على غيره أو فى بيع شـى ء و قبض ثمنه فاقر الوكيل بالقبض و ادعى التلف بغير تفريط فصـدقه الغريم فـأنكر الموكـل فـالقول قول الوكيل بيمينه لكن لا يسـقط بـذلك حق الـدعوى على الغريم فله احلافه كما لو وجه الـدعوى عليه ابتـداء (و لو اختلفا) فى رد ما بيده من مال الموكل حلف الموكل سواء كانت الوكاله بجعل أم لا (و إذا طلبه منه) الموكل فأنكر فثبت عليه بالبينه أو الإقرار فادعى التلف أو الرد قبل الجحود أو بعده فالحكم كما سبق فى الوديعه عدا ان دعوى الرد هنا لا تقبل بيمينه (الأقوى فى دعوى الرد من الوكيل التفصـيل بين الجعل فلا يثبت الا ببينته و عـدمه فيكفى بيمينه لانه محسن و امين و ليس على الامين سوى اليمين كالودعى و الله العالم) بل ببينته (اما إذا لم ينكر) و لكنه امتنع من الأداء من غير عـذر ثمّ ادعى التلف أو الرد (فان

کان) الامتناع بمجرد المماطله من دون اعتراف بکون المال فی یده حال الامتناع سمعت دعواه فی التلف بیمینه و فی الرد ببینته (و لو اعترف بذلک) فان ادعی حصولهما قبل الامتناع لم تسمع لتناقض کلامیه و إلا سمعت بالبینه لا الیمین حتی فی التلف لخیانته بالامتناع (ثمّ إذا) اقامها علی الرد برئ من العین و البدل و ان اقامها علی التلف برئ من الإلزام بالعین دون البدل لضمانه بالخیانه (و لو زوجه) امرأه بالنکاح الدائم و عین لها صداقا مدعیا للوکاله منه فأنکر الوکاله حلف و لها التزویج بغیره و علی الوکیل نصف المهر لانه الذی ضیع حقها بترک الاشهاد علی التوکیل إلا إذا صدقته (و علی الزوج) الطلاق ان کان وکل و الا اثم و له إیقاعه معلقا بان یقول ان کانت زوجتی فهی طالق فیصح و لا یکون اقرارا و لا یقدح مثل هذا التعلیق و یسوق نصف المهر إلی الوکیل إذا غرم و الا فإلی المرأه و یسقط عن الوکیل و إذا امتنع فله أو لها المقاصه من ماله (و إذا) علمت صدق الوکیل فلیس لها التزویج قبل الطلاق فان امتنع طلق الحاکم و الاحوط فسخها معه (و إذا نکل الزوج) عن الیمین حلف الوکیل و ثبتت الزوجیه و لیس علیها یمین و ان علمت بصدق الوکیل (و إذا رجع عن) انکاره بعد حلفه- فان کان- قبل تزویجها من الغیر فهو أحق بها الا إذا طلقها الحاکم أو فسخت و ان کان بعده فلا سبیل له علیها إلا إذا تبین للزوج صدقه (و ما طلق هو أو الحاکم و لا فسخ).

الکتاب الثامن عشر فی الوصیه

اشاره

التی هی حق علی کل مسلم و من لم یحسنها عند موته کان نقصا فی مروته و عقله و لا ینبغی ان یبیت الإنسان إلا و وصیته تحت رأسه و قد أوصی رسول الله صلّی الله علیه و آله و سلّم إلی علی و أوصی علی إلی الحسن و أوصی الحسن إلی الحسین علیهم السلام و هکذا کل واحد من الأئمه أوصی إلی من بعده (و قد قسمها الاصحاب) إلی عهدیه و تملیکیه و اختلفوا فی العهدیه فی انها استنابه فی التصرف أو ولایه علیه أو استنابه تاره و ولایه أخری- و التحقق- انها لیست الا قسما واحدا لا تعدد فیه و هی العهدیه اسم مصدر من اوصاه و وصاه توصیه أی عهد إلیه یعنی جعل انفاذه عهدته و ما یری من التعدد فإنما هو فی متعلقها لا- فیها- فانه قد یوصیه- بقضاء دیونه و استیفائها و رد الودائع و استرجاعها و أداء الحقوق الواجبه علیه و المتبرع بها و صرف ثلثه فی موارد خاصه من وجوه البر أو مطلقها- و قد یوصیه- بابراء أو تملیک أو فک ملک بتحریر أو وقف أو غیرها أو بحفظ أولاده و أموالهم و التصرف فیها بما فیه الحظ لهم أو بدفنه فی مکان خاص أو تغسیله و تکفینه علی نحو خاص إلی غیر ذلک من متعلقاتها علی اختلافها أو تشتتها و هی فی جمیعها بمعنی واحد لا یختلف و لا یتخلف و ان انتزع منها الاستنابه تاره و الولایه أخری- نعم قد- تصدر منه انشاءات معلقه علی الموت من تملیک و هو المسمی بالوصیه التملیکیه أو تحریر و هو المسمی بالتدبیر أو نذر معلق علی الموت أو شرط کذلک أو نصب قیم أو متول علی وقف أو غیره و نحو ذلک- الا- أن التحقیق- ان إطلاق الوصیه علیها لیس بلحاظ نفس تلک الانشاءات و إنما هو بلحاظ ما تستلزمه من العهد بانفاذها علی ما انشأها لکل من له دخل بها من الورثه و غیرهم فیکون الموصی إلیه فیها عاما و إنما لم یصرح به لعدم توقف حصول الغرض منها علیه- و بذلک یتضح- ان التعلیق علی موت الموصی إنما هو فی متعلق الوصیه لا فیها نفسها فان العهد قد تنجز حال الحیاه و اتصف الوصی بالوصایه و ان تأخر الموصی به إلی

الموت فلا يتسلط على التصرفات المعهود بها إليه الا بعده كما لا تتحقق المنشئات من ملكيه أو حريه أو ولايه الا بعده- فموت الموصى- بالنسبه إلى نفس الوصيه نظير الوقت بالنسبه إلى الوجوب المعلق و بالنسبه إلى متعلقاتها من تصرفات أو انشاءات نظير شرائط الوجوب بالنسبه إلى الوجوب المشروط- نعم يمكن انشاءها معلقه- على حصول بعض الصفات فى الوصى كبلوغه و رشده و عدالته و نحوها فتكون الوصيه بالنسبه إلى ذلك من قبيل الوجوب المشروط أيضا- كما انه اتضح- ان اركانها العامه أربعه الصيغه و الموصى و الوصى و الموصى به ثمّ الموصى به قد يكون إعطاء مال أو تمليكه لشخص و يقال له الموصى له إلا انه ليس من أركان مطلق الوصيه و إنما هو من أركان بعض متعلقاتها- و حينئذ فالنظر- فى هذه الأركان الأربعه و الأحكام:

(فاما الصيغه)

فيكفى بها من طرف الموصى كلما دل على ذلك و لو بالكتابه أو الإشاره حتى مع القدره على النطق و الصريح من اللفظ اوصيتك و نحوه- و اما من طرف الوصى- فيكفى عدم الرد الذى يبلغ الموصى فان حصل و الا التزم و منه يعلم انها ليست من العقود و ان كان لو قبل بها الوصى صارت عقدا لكن ذلك غير كاف فى عقديتها بقول مطلق إذا العقد ما اعتبر فيه القبول على نحو الجزئيه و المفروض انها ليست كذلك بل المؤثر فيها الايقاع من الموصى الا إذا ردها الوصى و علم به الموصى- و اما اشتراط- قبول الموصى له فى التمليكيه لو قلنا به فلا دخل له بالوصيه.

(و أما الموصى)

فيعتبر فيه الكمال (بالبلوغ) فلا تصح من الصبى الا إذا بلغ عشرا فتصح فى المعروف لأقاربه و غيرهم (و العقل) ابتداء لا استدامه فلا- تصح من المجنون و لو ادواريا الا فى دور افاقته- و لا المغمى عليه- و السكران و لو عرض الجنون بعدها فلا بطلان و ان استمر إلى الموت نعم للولى التبديل إذا قضت به المصلحه- و الاختيار- ابتداء و استدامه- و الحريه- فيما إذا تعلقت بمال الا مع إجازه المولى اما إذا لم تتعلق بمال كدفنه فى مكان خاص لا يحتاج إلى مال أو صلاه شخص خاص عليه و نحو ذلك فتصح و لو لم يجز المولى و هى شرط فى الابتداء و

الاستدامه فلو كان حراً حالها ثمّ استرق بطلت نعم لو زال الرق مع بقاء المال الذى علق به الوصيه فللصحه وجه بل و كذا لو تجدد له مال بعد الحريه يمكن انجازها منه أو علقها من أول الأمر على الحريه (و أما المكاتب) فتصح وصيته بقدر ما تحرر منه و لا يمنع الفلس منها حتى إذا تعلقت بمال لعدم نفوذها الا بعد وفاء الدين بل و كذا السفه مع إجازه الولى بل و لو مع عدم اجازته إذا لم تتعلق بمال (و من احدث فى نفسه) ما يوجب هلاكه من جرح أو شرب سم و نحوهما لم تنفذ وصيته على المشهور و لعله لدلالته على السفه فإذا أحرز رشده نفذت و الحكم مختص بالمال دون مثل التجهيز و الولايه على الاطفال و بالعمد دون الخطأ و السهو و بتوصله به للموت لا لغرض آخر و بما إذا لم يجز الورثه فلو اجازوها جازت و بما إذا مات بذلك اما إذا عوفى فان جددها نفذت قطعا و ان لم يجددها و نسى الأولى لم تنفذ قطعا و ان بقى على الأولى متذكرا لها فوجهان اقربهما النفوذ و لا يلحق به من القى بيده إلى التهلكه و لا بالوصيه المنجزات حتى على القول بخروجها من الثلث و لو أوصى ثمّ احدث بنفسه ذلك صحت و ان كان بانيا على ذلك قبلها.

(و أما الوصى)

اشاره

فيعتبر فيه البلوغ و العقل و الرشد و الحريه و الإسلام و العداله (لو أوصى غير امين لزم على حاكم الشرع أن يجعل عليه ناظرا أميناً و الله العامل) و الاختيار و القدره و التعيين على اختلاف فى كيفيه الاعتبار- فمنها- ما يعتبر فى صحه اصل الوصيه- و منها- ما يعتبر فى صحه التصرف الموصى به- و منها- ما يعتبر فيهما- ثمّ منها- ما يعتبر فى الابتداء و الاستدامه- و منها- ما يعتبر فى الابتداء دون الاستدامه و الأول قد يكون على نحو يوجب زواله بطلانها رأسا فلا تعود بعوده و قد لا يكون كذلك فتعود إذا عاد.

(فأما البلوغ)

فهو شرط فى صحه التصرفات الموصى بها لا فى اصل الوصيه فلو أوصى إلى صبى مميز صح سواء كان مستقلا أو منظما إلى بالغ و ان لم يصح تصرفه الا بعد البلوغ نعم التمييز شرط فى اصلها فان غير المميز غير قابل للعهد لا مستقلا و لا

منظما نعم يمكن انشاء العهد متعلقا على تمييزه أو بلوغه رشيدا فتكون الوصيه بالنسبه إلى ذلك نظير الوجوب المشروط بالنسبه إلى شرطه سواء عهد إليه مستقلا أو منظما إلى بالغ و حينئذ فلو عهد إلى بالغ و ضم إليه صبيا مميزا أو غير مميز فان صرح بعدم تصرف الكبير حتى يبلغ الصغير أو بانعزال الكبير عند بلوغ الصغير أو بلزوم ضم آخر مع الكبير لو مات الصغير اتبع (و إلا تصرف) الكبير حتى يبلغ الصغير فيشتركان و ليس للصغير نقض ما انفذه الكبير الا إذا خالف الوصيه فيرده إليها- و لو مات- الصغير قبل بلوغه أو بعد بلوغه رشيدا أو بلغ فاسد العقل انفرد الكبير و ليس للحاكم ان ينصب معه آخر (الاحوط ذلك).

(و اما العقل)

فهو شرط فيهما فان المجنون غير قابل للعهد و لا التصرف ادواريا كان جنونه أم اطباقيا عهد إليه مستقلا أو منظما إلى عاقل نعم يمكن انشاءها معلقه على افاقته و يجرى فى ضمه مع العاقل ما جرى فى ضم الصغير إلى البالغ و هو شرط فى الابتداء و الاستدامه فلو طرأ الجنون على الوصى بطلت وصيته ثمّ ان صرح الموصى بعودها إذا عاد عقله أو العدم فذاك و الا فالظاهر عودها بعوده على اشكال.

(و اما الرشد)

فهو شرط فيهما إذا تعلقت الوصيه بولايه على قاصر إذ هو محتاج إلى الولى فكيف يكون وليا على غيره و كذا إذا تعلقت بالماليات كتوليه على وقف أو صرف ثلث و نحوهما- اما لو تعلقت- بغير ذلك كمباشره بعض الأمور المتعلقه بتجهيزه و نحوها فالظاهر الصحه و شرطيته فيما يشترط فيه كشرطيه العقل فيجرى فيه ما جرى فيه.

(و أما الحريه)

فهى شرط فى صحه التصرف لا فى اصل الوصيه فلو عهد إلى المملوك معلقا تصرفه على حريته صح بل يصح تصرفه أيضا إذا كانت باذن المولى أو اجازته و لا اثر لرجوعه بعد موت الموصى بل و لا قبله الا إذا ابلغه هذا فى مملوك غيره و اما مملوكه فتصح الوصيه إليه مطلقا سواء كان ممن ينعتق بموته كالمدبر و أم الولد أم لا.

(و اما الإسلام)

فهو شرط فی صحه اصل الوصیه فلا تصح من مسلم إلی کافر و ان کان رحما سواء تعلقت بالمسلمین و من فی حکمهم أو بغیرهم و تصح من کافر إلی مثله ما لم تستلزم ولایه علی مسلم کما تصح من کافر إلی مسلم و لا یتصرف فی ترکته بما لا یصح للمسلم التصرف فیه کالخمر و الخنزیر و هی شرط ابتداء و استدامه فلو ارتد الوصی بطلت وصیته.

(و اما العداله)

فالظاهر ان شرطیتها لتحصیل الوثوق بقیام الوصی بما أوصی به فلو أوصی إلی من ظاهره العداله و کان فاسقا فی الواقع صحت وصایته و نفذ عمله اذا کان علی طبقها بل لو أوصی إلی فاسق مع الوثوق بقیامه بما أوصی به صح و لو أوصی لی عدل ففسق فان کانت قیدا انعزل و الا فلا (قد سبق لزوم ضم عادل إلیه بجعل حاکم الشرع و تعیینه) و لو عادت عدالته عادت وصایته الا مع التصریح بالعدم.

(و اما الاختیار)

فهو شرط فی الابتداء فلو اکرهه الموصی علی قبولها لم یلزم و ان کان لو عمل علی طبقها نفذ اما لو قبلها اختیارا و لم یبلغ الموصی ردها إلی ان مات التزم و یجبر علی العمل علی طبقها.

(و أما القدره)

فهی شرط فی الابتداء و الاستدامه فلو أوصی إلی عاجز مباشره و تسبیبا أو طرأ ذلک بعد الوصیه لغت و رجع الأمر إلی الحاکم.

(و اما التعیین)

فهو شرط فی اصل صحتها فلو أوصی إلی أحدهما بلا تعیین بطل اما لو أوصی إلی معین فی الواقع صح و ان تردد عنده بین أشخاص (و تصح إلی متعدد) علی ان یکونا شریکین فی الوصایا أو أحدهما وصیا و الآخر ناظرا و ان یشترط علیهما الاجتماع أو الانفراد أو یجوز کلا منهما لکل منهما أو یشترط علی أحدهما الاجتماع و یجوز للآخر الانفراد أو یشترط اجتماعهما موجودین فإذا مات أحدهما أو عجز انفرد الآخر أو یشترط تصرف أحدهما فی نوع خاص و الآخر فی الجمیع مع الانفراد أو الاجتماع و ان لاـ یکون للناظر الا الاطلاع علی الصرف حسب أو الصرف و المصرف أو یعتبر تصویبه فی جهات الصرف إلی غیر ذلک من الصور فان صرح

بأحدهما أو عينته القرائن فذاك (و ان أوصى اليهما) و أطلق انصرف إلى اشتراكهما فيها فلو تشاحا فليس لهما قسمه المال و لا الانفراد فى التصرف بل يرجع الأمر إلى الحاكم الا فيما لم يمكن تاخيره إلى مراجعته ككفن الميت و نحوه فيتولاه أحدهما أو غيرهما من العدول حسبه لا وصايه و لو جن أحدهما أو مات أو عجز أو خان أو فسق على وجه انعزل عنها ضم الحاكم آخر مكانه و كذا الناظر (و تصح إلى المرأه) و الخنثى و الاعمى و غير الوارث إذا جمعوا الشرائط.

(و أما الموصى به)

اشاره

فقد يكون تمليكا و قد يكون غيره و التمليك هو المسمى بالوصيه التمليكيه

(و حقيقتها)

انشاء تمليك معلق على الموت و قد قالوا ان الموصى له إذا كان محصورا يمكن قبوله كانت عقدا و الا فايقاع كالوصيه للحمل أو للجهات العامه مثل الفقراء و الفقهاء و بنى هاشم و المساجد و المدارس و القناطر و نحوها و لو قيل بعدم اعتباره مطلقا لم يكن بعيدا و على تقدير اعتباره فلا تعتبر فوريته بعد الإيجاب بل يصح و لو تأخر عنه بامد طويل كما لا يعتبر وقوعه بعد وفاه الموصى بل يصح فى حالىْ حياته و وفاته.

(و أما صيغتها)

فيكفى فى الإيجاب كلما دل عليه من لفظ بأى لغه أو كتابه أو إشاره حتى مع القدره على النطق فلو وجد كتاب بخطه و خاتمه أو بأحدهما و علم إراده الوصيه منه كفى (و الصريح) من اللفظ (لفلان بعد وفاتى كذا) و قريب منه اعطوه بعد وفاتى كذا أو اوصيت له بكذا فانهما و ان كانا غير صريحين فى انشاء التمليك و لكنهما دالان عليه بالدلاله العرفيه و اما القبول فهو الرضا بالايجاب سواء وقع باللفظ أو الفعل الدال عليه كالاخذ و التصرف.

(و اما الموصى له)

اشاره

فيعتبر- فيه الوجود- حال الوصيه على المشهور فلو أوصى لمعدوم أو ميت أو لما تحمله المرأه أو لمن يوجد من أولاد فلان بطل إذا كانت تمليكيه اما إذا كانت عهديه كما لو أوصى بصرف مقدار من ثلثه على ميت للصوم و الصلاه أو الحقوق الماليه أو مطلق وجوه البر صح و كذا لو عهد فى إعطاء شى ء أو وقفه أو نحو

ذلك على من يتولد من أولاد فلان (بل لو قيل بذلك) فى التمليكيه أيضا بان ينشأ التمليك له معلقا على وجوده فلا يملك الا بعد الوجود كما فى الوقف على أولاد فلان و من سيولد له و كما فى الوصيه بالمعدوم حيث قالوا بصحتها لم يكن بعيدا إن لم يكن إجماع على خلافه فلو أوصى بثمره بستانه مثلا لأولاد فلان و من سيولد له صح بل و كذا لو أوصى بها ابتداء لمن سيولد له (و تصح الوصيه) حتى التمليكيه للحمل الموجود حالها و يعلم بوضعه لدون سته اشهر من حينها و ان كان زوج أو مولى أو لأقصى مده الحمل فما دون إذا لم يكن (فيملك بمجردها) رد الولى أو قبل بعد الولاده أو قبلها لكن لا تستقر على المشهور الا بانفصاله حيا كالارث فلو وضعته ميتا انكشف بطلانها و ان كان قد حلته الحياه حينها و لو وضعته حيا انكشف صحتها و ان لم تحله الحياه حينها فالنماء المتخلل تابع للعين (ثمّ ان اتحد) كانت باجمعها له و ان تعدد قسمت على العدد بالسويه و ان اختلفوا فى الذكوريه و الأنثويه و لو وقع حيا ثمّ مات استقرت و صارت لورثته بالارث من الحمل لا بالوصيه فلا عبره بقبولهم أو ردهم (و التعيين) فلو أوصى لأحد هذين من دون تعيين بطل إذا كان على نحو الوصيه التمليكيه دون العهديه فيصح و يتخير المعهود إليه و يحتمل القرعه و إذا مات أحدهما قبل ذلك احتمل بقاء التخيير أو القرعه و ترجع إلى ورثته و يحتمل تعيينها للحى (و يكفى التعيين) الواقعى كما فى الوصى و لو أوصى لمنكر كرجل أو لعنوان كلى كالفقير صح حتى فى التمليكيه و يتخير الوصى ان كان و الا فالوارث (و ان لا يكون عبدا) لغير الموصى فلو أوصى إلى مملوك غيره بطل سواء كان مالكه وارثا للموصى أم لا أجاز أم لا و سواء كان المملوك قنا أو مدبرا أو أم ولد أو مكاتبا مشروطا أو مطلقا و لم يؤد شيئا و سواء اعتق عند الاستحقاق أم لا علق الوصيه على حريته أم لا على المشهور و ان كان للصحه فى بعض الصور وجه (و لو تحرر بعضه) صحت بنسبه ما تحرر منه إذا كانت الوصيه له لا لجزئه الحر و الا فتبطل و لو صححناها ملك الكل لا بالنسبه (و تصح إلى مملوكه) فتنصرف إلى عتقه ثمّ ان كان قنا اعتبر ما أوصى له به بعد إخراجه

من الثلث فان ساوی قیمته فلا شی ء له و لا علیه و کان الموصی به للورثه و ان زاد فله الزائد و ان نقص سعی فی الباقی حتی إذا بلغت قیمته ضعف ما أوصی له به و ان کان أم ولد عتقت من نصیب ولدها و اخذت الوصیه و ان کان مکاتبا عتق و الزم بأقل الامرین من قیمته و مال الکتابه و یحسب ما أوصی له به فان ساواه فذاک و ان زاد اخذه و ان نقص سعی فی الباقی و ان کان مدبرا تحرر بموت سیده و اخذ الوصیه إذا وفی الثلث بها و بقیمته و الا فبمقدار ما یفی و یسعی فی الباقی (و تستحب لذی القرابه) وارثا کان أو غیره و لو أوصی للاقرب نزل علی مراتب الإرث (و لا تصح) فی معصیه فلو أوصی بمال للکنائس أو البیع لمساعده ظالم علی ظلمه أو فاسق علی فسقه بطلت (و تصح للذمی) و ان کان أجنبیا (و لا تصح للحربی) أو المرتد و ان کان رحما علی المشهور (و تصح حتی التملیکیه) للمساجد و المشاهد و المدارس و القناطر و نحوها و تصرف فی کل بما یناسبه (و لو أوصی لذکور) و اناث تساووا الا مع التفضیل فیتبع و ان فضل الأنثی و کذا یتساوی الأعمام و الأخوال لو أوصی لهم و لو قال علی کتاب الله فللذکر ضعف الأنثی و للأعمام الثلثان و للأخوال الثلث و لو أوصی فی سبیل الله فلکل قربه و لو أوصی لذوی قرابته أو عشیرته أو قبیلته أو قومه أو جیرانه فالمرجع العرف و یستوی فی ذلک الفقیر و الغنی و الصغیر و الکبیر و الذکر و الأنثی و الوارث و غیره کما یستوی فی الجار مالک الدار و مستأجرها و مستعیرها و غاصبها و یقسم علی الرءوس لا الدور و لو أوصی للفقراء انصرف إلی فقراء ملته بل مذهبه.

(و أما متعلقها)

فیعتبر فیه ان یکون قابلا للمالک بمعنی مطلق السلطنه و لو بنحو الاستحقاق و الاختصاص (فلا تصح) فیما لا یملک عرفا و لو لعدم مالیته کالحشرات أو شرعا کالخمر و الخنزیر و ان یکون مملوکا للموصی فلو أوصی بمال الغیر فان کان عن نفسه بان قال مال زید لعمرو بعد وفاتی بطل و لو مع الإجازه و ان کان عن المالک بان قال مال زید لعمرو بعد وفاته صح و وقف علی اجازته (و أن یمکون) قابلا للنقل فلا تصح فی الوقف و أم الولد و حق القصاص و حد القذف و

الشفعه و نحوها (و أن يكون) فيه نفع عقلائى محلل فلا تصح بما لا نفع فيه أصلا اما لخسته أو لقلته كحبه من الحنطه و لا ما لا نفع فيه محلل كآلات اللهو إذا لم يمكن تغييرها و تصح بالأعيان و المنافع و الحقوق و تكفى الملكيه و لو بنحو الاختصاص كالخمر المتخذ للتخليل (و لا يشترط الوجود) حال الوصيه فتصح بما ستحمله الأمه أو الدابه أو الشجره و بالمنافع و لو فى المستقبل معنيه أو دائما و الطريق إلى خروج المنافع من الثلث تقويم العين بمنافعها الموصى بها على التأييد أو التوقيت ثمّ تقوم مسلوبه المنافع ان فرض لها قيمه كالعبد للعتق فالتفاوت هو الموصى به و ان لم يكن لها بدون المنافع قيمه كان المخرج من الثلث جميع القيمه (و لا القدره على التسليم) فتصح بالعبد الآبق أو المغصوب و لو من دون ضميمه (و لا التمييز) فتصح بالجزء المشاع (و لا التشخيص) فتصح بالكلى فى المعين كصاع من صبره و التعيين للوارث (و لا المعلوميه) فتصح بأحد العبدين و بالقسط و النصيب و القليل و الكثير و الجزيل و يتخير الوارث فى تعيين ما شاء و لو أوصى بجزء ماله فالعشر و السهم الثمن و الشى ء السدس إذا علم إرادته للمعنى الشرعى و الا فالمرجع العرف و الخيار إلى الوارث و لو أوصى بما يصدق على المحلل و المحرم انصرف إلى المحلل و الجمع يحمل على الثلاثه جمع قله أو كثره.

(و اما الأحكام)

اشاره

ففيها مسائل:

المسأله ۱: لا تنفذ الوصيه التمليكيه أو العهديه بغير الواجبات الا بمقدار الثلث

سواء صدرت فى حال صحه أو مرض فلو زادت و قف الزائد على إجازه الورثه فان اجازوه جاز و الا بطل نعم لو لم يكن له وارث سوى الإمام كان له ان يوصى بماله حيث شاء فى المسلمين و المساكين و ابن السبيل و غيرهم فتنفذ و لو فى المستحبات فى جميع المال من دون وقوف على إجازه الإمام أو نائبه و كذا تنفذ فى جميعه إذا لم تزاحم الورثه فى جهه الماليه و ان زاحمتهم فى خصوصيات الأعيان فلو قسم أمواله على ورثته معلقا له على موته فخصص كلا بعين خاصه بقدر حصته نفذ و كذا لو

ملکها من أجنبی تملیکا معلقا علی موته بشرط أداء ثمن المثل للورثه أو أوصی ببیعها منه بعد الموت بثمن المثل و هکذا (و فی حکم الوصیه) التملیکیه فی الخروج من الثلث کل انشاء معلق علی الموت إذا تعلق بغیر الواجبات من عتق کالتدبیر أو وقف أو إبراء أو نذر أو شرط أو غیرها فان المیت أحق بماله ما دام فیه الروح إذا نجره و ابانه فان قال بعدی فلیس له الا الثلث وصیه کان أو غیرها.

المسأله ۲: یخرج من صلب المال مع الوصیه و عدمها التجهیزات الواجبه من کفن و غیره

و تقدم علی کل شی ء- ثمّ الدیون- سواء کانت للناس أو لله سبحانه و تعالی من خمس أو زکاه أو مظالم أو کفارات و هی فی مرتبه واحده فإذا یف المال وزع بالنسبه کغرماء المفلس (و فی حکمها حجه الإسلام) و ما یجب بالنذر من المستحبات من حج أو احجاج أو زیاره أو غیرها و ما وجب بالإجاره من صوم أو صلاه أو غیرهما فان الأجیر إذا مات قبل الأداء فان لم تشترط المباشره کان مدیونا بنفس العمل و الا فبالأجره (و اما الواجبات البدنیه) کالصوم و الصلاه فالمشهور علی انها کالمستحبات ان أوصی بها خرجت من الثلث و الا- فلا- و ذهب بعض إلی خروجها من الأصل و ان لم یوص بها کالمالیات سوی ان المالیات تقدم علیها عند عدم الوفاء و فصل آخر بین وجود ولی مخاطب بها فالثانی و عدمه فالأول و المسأله محل اشکال (و لکن الأقوی عندنا وجوب أدائها عنه فان کان قد أوصی بها خرجت من الثلث و الا خرجت من صلب ماله) فلا یترک الاحتیاط و کذا الإشکال فیما یجب علی الولی من قضاء ما فات عن أبویه إذا مات قبل الأداء- و لیس منه- الوصیه بالمستحبات و ان وجب بنذر و نحوه فمن نذر الوصیه بالزیاره مثلا لم تخرج من الأصل و ان وجبت الوصیه بها- و لا یخرج من الأصل- إلا ما استقر وجوبه قبل الموت فلو کان النذر معلقا علی شرط أو موقتا بوقت اعتبر بقاؤه حیا إلی حصول الشرط و مضی وقت المنذور متمکنا من الأداء- و فی الصلاه- یعتبر ترکها بعد دخول وقتها و مضی مقدار أدائها مستجمعا للشرائط (و فی صوم رمضان) یعتبر دخول الشهر علیه و هو متمکن من الفعل فلو کان

مریضا و لم یبرأ حتی مات أو برأ و لکن لم یتمکن من القضاء حتی مات لم یجب و هذا بخلاف السفر فانه لو مات مسافرا وجب القضاء (و فی حجه الإسلام) یعتبر بقاؤه حیا علی صفه الاستطاعه إلی مضی الوقت فلو مات قبل ذلک لم یجب و ذهب بعض إلی کفایه الاستطاعه المالیه فلو مات المستطیع و لو قبل مضی الوقت وجب الا إذا مات بعد الاحرام و دخول الحرم فیجزیه و علیه شاهد من الأخبار فلا ینبغی ترک الاحتیاط- و المدار- فی اشتغال الذمه و عدمه علی تقلید المیت أو اجتهاده لا تقلید الوصی أو الوارث أو اجتهاده (و یراعی فی مقام الامتثال أوفقهما بالاحتیاط من تقلید المیت أو الوصی) و کذا فی کون ذلک الواجب مما یخرج من الأصل أو الثلث- و لا- یجب- فیما یخرج من الأصل الاقتصار علی الافراد النادره کالعبد المسن أو المریض أو الآبق و ان تأدی به الواجب و کان اقل قیمه من غیره- و هل یجب- فی الافراد المتعارفه الاقتصار علی اقلها قیمه و ان کان اردی من غیره أو یتخیر وجهان و کذا لو کان التخییر فیه شرعیا بین فردین مختلفین فی القیمه کالعتق و الاطعام و الاحوط فیما إذا کان فی الورثه قاصر الاقتصار علی الأقل بالنسبه إلی ما یزاحم حصته نعم لو عین المیت الأکثر قیمه تعین و ان اخرج التفاوت من الثلث- و أما المستحبات- الزائده علی اصل الواجب کالحبره بالکفن و الاذان و الإقامه فی الصلاه إذا أوجبا زیاده فی الأجره فلا یبعد تعیین خروجها من الثلث و ان کان للقول بخروجها من الأصل وجه- و إذا أوصی- بما یخرج من الأصل فان عینه منه نفذ و کذا إذا أوصی به و أطلق و ان عینه من الثلث أو من مال خاص صح فان وفی به فذاک و الا أخرجت التتمه من الأصل- اما إذا أوصی- إخراج ثلثه و أطلق کما هو المتعارف فی زماننا و ما قربه خصوصا من أهل البادیه فالظاهر ارادتهم صرفه فیما هو الانفع (الاحوط فی مثل هذه الموارد و الرجوع إلی حاکم الشرع فانه اعرف باختلافات المقامات و رعایه المناسبات و ما هو الانفع للمیت بحسب حاله) لهم فیلزم صرفه أولا فی الواجبات المعلومه مالیه و بدنیه و لا یجوز مع بقاء شی ء منها الصرف فی المستحبات حتی فیما هو مؤکد منها

كالاضحيه و العقيقه فان زاد صرف فى الواجبات المحتمله ثمّ فى المستحبات الاهم فالاهم و ان لم يف بالواجبات جاز اخذ التتمه من باقى المال- و إذا أوصى- بوصايا عديده فان كان بينهما تضاد كما لو قال ثلثى لزيد ثمّ قال ثلثى لعمرو و عمل باللاحقه و إلا عمل بالجميع- ثمّ ان أطلق- بان لم يقيدها بالخروج من الثلث (فان كان فيها واجب) قدم على غيره و ان تأخرت الوصيه به سواء كان ماليا أم غيره و بدأ بعده بالأول فالأول- ثمّ ان كان ماليا- اخرج من الأصل و الباقى من الثلث (و ان كان بدنيا) فان قلنا بخروجه من الأصل فكذلك و الا اخرج من الثلث و صرف الباقى فى الباقى مرتبا (و ان لم يكن فيها واجب) بدأ بالأول فالأول حتى يستوفى الثلث و يبطل الباقى لا إذا اجازه الورثه- و أما إذا قيدها- بالخروج من الثلث فان و فى بها فذاك و الا فان كان فيها واجب قدم و ان تاخرت الوصيه به سواء كان ماليا أو بدنيا و ان قلنا بعدم خروج البدنى من الأصل- فان بقى شى ء- من الثلث صرف فيما بقى بتقديم الأول فالأول و الا بطل الا إذا أجاز الورثه (و ان لم يكن فيها واجب) قدم الأول فالأول حتى يستوفى الثلث فان بقى شى ء بطل الا إذا أجاز الورثه (و المراد بالأول) ما يقدم ذكره فى الوصيه سواء عطف عليه الثانى بثم أو بالفاء أو بالواو أم قطعه عنه بان قال اعطوا فلانا مائه اعطوا فلانا خمسين و لو رتب ثمّ قال ابدءوا بالأخير أو بغيره اتبع لفظه الأخير (و لو لم يرتب) بان ذكر الجميع دفعه كما لو قال فلان و فلان و فلان لكل منهم كذا أو يعتقون بعدى بسط الثلث على ما عدا الواجبات و بطل من كل وصيه بحسابها- و لو علم الترتيب- و اشتبه الأول اقرع و لو شك فى الترتيب و عدمه ثمّ فى الأول اقرع أولا- على الترتيب فان وقعت القرعه عليه أقرع على الأول- و إذا أوصى بوصايا- و شك فى انها مما تخرج من الأصل أو الثلث فان كانت فى كلامه ظهور فى أحد الامرين اتبع و اجرى عليه حكمه و الا أخرجت من الثلث إذا أوصى بخمس أو زكاه أو مظالم أو كفارات أو حج أو صوم أو صلاه عن نفسه و شك فى انها واجبه عليه أو احتياط استحبابى فالظاهر الوجوب فتخرج من الأصل- و لو أوصى-

بزیاره أو عقیقه أو اضحیه أو نحوها من المستحبات و شک فی استحبابها علیه أو انها واجبه بنذر و نحوه فالظاهر الاستحباب فتخرج من الثلث- و لو أوصی- باعطاء مقدار إلی شخص أو صرف مقدار علی میت فی الواجبات المالیه أو البدنیه أو مطلق وجوه البر و شک فی انه مدیون له أو من باب التبرع و لم تکن قرائن حالیه أو مقالیه علی أحدهما فلا ظهور فتخرج من الثلث- هذا إذا کانت- قابله للخروج من الثلث لوفائه بها اما لو زادت علیه أو صرح بالایصاء بما یزید عن الثلث أو بجمیع ترکته و عین لذلک مصارف یحتمل وجوبها علیه و عدمه و لم یکن ظهور فی أحدهما و لو من القرائن ففی نفوذها فی الزائد من دون وقوف علی إجازه الورثه حملا لها علی الصحیح أم لا وجهان اقربهما الثانی.

المسأله ۳: لا یشترط فیما ینفذ من الثلث قصد الموصی إخراجه منه

فلو أوصی بشی ء ینطبق علیه أو یقصر عنه صح و نفذ منه و ان لم یکن قد قصد ذلک اما لو قصد سلامه ثلثه و إخراج الموصی به من ثلثی الورثه- فان کان- قد أوصی بثلثه و عین مصارفه ثمّ أوصی بشی ء آخر مصرحا باراده إخراجه من باقی المال لم ینفذ شی ء منه من الثلث قطعا بل وقف علی إجازه الورثه و الا ففی کونه کذلک أیضا أو لا وجهان و یتفرع علی الأول انه لو لم یوص بعد ذلک بالثلث و لم یجز الورثه صار جمیع المال لهم و لو اجازوا سلم الثلث له فله ان یوصی به من غیر توقف علی اجازته.

المسأله ۴: الثلث الذی تنفذ منه الوصایا یخرج من مجموع ما ملکه قبل الموت

و لو بعد الوصیه من مال عینا أو دینا أو منفعه أو حق مالی کحق التحجیر و الخیار و الشفعه و القصاص و الجنایه عمدیه أو خطئیه إذا کان ولیا عن المقتول و المجنی علیه فمات قبل استیفاء حقه- أو ملکه بالموت- کدیه الخطأ بل و العمد إذا صولح عند القصاص بها (أو بعد الموت) بسبب سابق کالصید الواقع فی الشبکه التی نصبها فی حیاته أو الزیاده الحاصله بفسخ المعامله الخیاریه أو الإقاله أو الوصیه له إذا مات قبل القبول فقبل الوارث بناء علی رجوعها إلیه حینئذ و انتقالها منه إلی وارثه (أو بسبب

لاحق) كما إذا ابرأه المديون أو تبرع متبرع بوفاء دينه أو جنى عليه جان بعد موته بل الديه هنا كلها له ليس للوارث منها شى ء كما سبق فى الديات و لا فرق فى ذلك بين الوصيه بمقدار معين كمائه دينار أو شى ء معين كدار معينه أو شقص منها أو جزء مشاع كالثلث إذا صرح باراده ثلث جميع أمواله حتى المتجدده بعد الموت بل و كذا إذا أطلق لانصرافه إلى ذلك نعم لو صرح بغير ذلك أو دلت عليه القرائن اتبع و لو تجدد تلف بعض التركه أو نقصان فى قيمتها قبل قبض الوارث أو بعد قبضه و قبل القسمه بينه و بين الميت إذا لم يكن بتفريط منه فالتلف على الجميع حتى لو كان الموصى به عينا معينه من دون فرق بين لحوق النقص لها أو لسائر الأعيان و ينقص الثلث فينقص الموصى به ان كان جزء مشاعا كالربع و الخمس و نحوهما فلو فرض ان الثلث بعد نقصانه يفى به لم يجب انفاذه اما لو كان مقدارا معينا أو عينا معينه فان كان الثلث وافيا بهما حتى بعد نقصانه لم يلحقه نقص و الا لحق.

المسأله ۵: إذا أجاز الورثه الزائد على الثلث جاز

و ليس لهم الرد بعد ذلك سواء صدرت الإجازه فى حال حياه الموصى أو موته فى حال مرضه أو صحته و سواء كان المجيز فقيرا أو غنيا باستدعاء من الموصى أو بدونه و لو أجاز بعضهم دون بعض نفذت فى حصه المجيز دون من لم يجز فلو خلف ابنا و بنتا و أوصى بنصف تركته فاجاز الابن فقط نفذت الوصيه فى ثلاثه إلا ثلثا من سته و لو انعكس ففى اثنين و ثلث من سته و يجوز ان يجيز الجميع البعض أو البعض البعض (و اما الرد) فان وقع فى حال حياه الموصى لم يؤثر فلهم الإجازه بعده و ان وقع بعد موته اثر فليس لهم (و الإجازه) تنفيذ لما فعله الموصى لا ابتداء عطيه من الوارث فلا يجرى عليها أحكام الهبه من الاعتبار قبض أو غيره و ينتقل فيها الملك من الموصى للموصى له لا من المجيز فلو كان الموصى به ممن ينعتق على المجيز لم ينعتق بالاجازه (و كاشفه) عن الانتقال بالموت لا ناقله (و لا تؤثر) الا إذا لم يكن دين مستغرق للتركه أو ثلثيها و الا فاجازه الورثه لا تنفذ على الغرماء (و يعتبر فى المجيز) جواز التصرف فلا عبره باجازه الصبى و المجنون- و اما

السفیه- و المفلس ففی صحتها منهما مطلقا أو عدمها کذلک أو التفصیل بین حیاه الموصی فتصح و موته فتبطل وجوه و الاوسط اوسط- و لو اجازوا- باعتقاد قله الموصی به فانکشف کثرته فان کان علی نحو التقیید لغت و ان کان علی نحو الداعی مضت- و لو ادعوا- التقیید فأنکر الموصی له فان کان لفظ الإجازه مطلقا و ادعوا تقیید الرضا لم تسمع و ان کان النزاع فی اللفظ الصادر انه مطلق أو مقید سمعت و القول قولهم بیمینهم من دون فرق بین تعلق الوصیه بعین أو جزء مشاع.

المسأله ۶: لو اوصی بإخراج بعض ولده من المیراث

لم یصح علی اطلاقه لکن هل یلغو رأساً أو ینفذ بمقدار الثلث فلا یستحق منه المخرج شیئاً و ینحصر ارثه فیما عداه- قولان- اقربهما الثانی (و الأول لا یخلو من القوه) فان الوصیه بالاخراج و ان لم تکن وصیه بالباقی للباقی لکنها نفسها وصیه و لا فرق فی النفوذ من الثلث بین الوصیه بالاعطاء أو المنع کما لو صرح باخراجه من الثلث حسب.

المسأله ۷: الوصیه جائزه من طرف الموصی

فله الرجوع ما دام حیّاً فی الوصی بعزله و الموصی به بفسخه سواء کان ما لا أو ولایه (و یصح بالقول و بالفعل) و یکفی فیهما کلما دل علی ذلک بنفسه أو بالقرینه و الصریح من القول رجعت أو نقضت أو ابطلت أو فسخت و نحوها و من العفل بیع العین الموصی بها أو رهنها (الرهن لا ینقضها فلا یوجب الفسخ) أو هبتها و نحوها (و اما من طرف) الوصی فکذلک هی جائزه ما دام الموصی حیّاً فله الرد و لو بعد القبول بشرط ابلاغه إلیه سواء کان الموصی حاضراً معه فی البلد أو غائباً اباً أو غیره انحصر الأمر فیه أم لا بلغه الرد فی وقت یمکنه نصب غیره أم لا (الاحوط فی هذه الصور کلها عدم الاستقلال و الرجوع إلی حاکم الشرع) و ان کان الاحوط فی الغائب و الأب و من انحصر الأمر فیه و ما إذا بلغه الرد فی وقت لا یمکنه نصب غیره العمل علیها بل الأولی له ان لا یخذله علی هذا الحال مطلقا بل إذا أوجب الرد علی الأب عقوقه حرم- و اما لو مات الموصی- قبل الرد أو بعده و لما یبلغه لم یکن للرد اثر و کانت الوصیه لازمه للوصی سواء قبلها قبل

الرد أم لا الا إذا حصل له ضـرر دينى أو دنيوى أو مشـقه لا يتحمل مثلها عاده أو لزم من تحملها ما لا يليق بشأنه من شتم و نحوه فيجوز الرد (و ترجع الوصـيه حينئـذ إلى حاكـم الشـرع) (و يعتبر فى الرد انشاءه بقول أو فعل) فلا يكفى مجرد عدم الرضا الباطنى فلو أوصى إلى من يعلم عدم رضاه بها لو علم ثمّ اخفاها إلى ان مات لزمته بل و كذا لو ردها على وجه يعلم استمراره على معنى الرد ثمّ أوجب الموصـى ثانيـا و اخفـاه إلى ان مـات على اشـكال امـا لو لم يكن عالمـا بالايجاب لكن صـدر منه ما يقتضـى الرد فوجهان- اقربهما عدم تاثيره و لزومها عليه-- و اما من طرف الموصـى له- فى الوصيه التكميليه- فلازمه- بعد حصول الملكيه و جائزه قبلها فان رد بعـد القبول و موت الموصـى له لم يؤثر سواء قبض أم لا و ان رد قبل الموت و لو بعـد القبول أو قبل القبول و لو بعد الموت اثر سواء قبض أم لا- و قد حكموا بان- الرد إذا وقع بعد الموت ابطلها فليس له القبول بعده بخلاف ما إذا وقع فى حـال الحياه فله القبول بعـده و فى الفرق تامل (لعل وجه الفرق ان المال الموصـى به ملك الموصـى إلى حين موته فيتعلق الرد و القبول بمال مالك واحد بخلافه بعد الموت فانه بالرد يعود ملكا للوارث فلا مورد للقبول لانتقال المال إلى غير الموصى فتدبره) خصوصا إذا قلنا بصـحه القبول فى حال الحياه بل للقول بصـحه القبول بعد الرد مطلقا بشـرط بقاء الموجب على ايجابه (وجه) إن لم يكن إجمـاع على خلافه و لو أوصـى له بشـيئين فقبـل أحـدهما ورد الآخر أو بشـى ء واحـد فقبل بعضا و رد بعضا مفروزا أو مشاعا صـح فيما قبل و بطل فيما رد (و ليس للورثه) التصـرف فى الموصـى به قبل اختيار الموصـى له أحد الامرين من القبول أو الرد (فان قبل ملك و ان رد دخل فى ملك الوارث بعـد أن كان على حكم مال الميت) و ليس لهم اجباره على اختيار أحـدهما فورا الا إذا كان فى التأخير ضرر فيجبره الحاكم).

المسأله ۸: إذا مات الموصى له

فان كان قد رجع الموصـى فى المال الذى أوصـى به تمليكا أو عهدا رجع إليه أو إلى ورثته و لا حق فيه لورثه الموصى له مطلقا (و إلا

فان) مات بعد موت الموصى فالمال لورثه الموصى له بالارث منه مطلقا حتى لو مات قبل القبول و القبض على ما هو الأقوى من تحقق الملكيه بمجرد موت الموصى و عدم شرطيه القبول و لا القبض (لا يبعد انه يبقى على حكم مال الميت و فيه حق للموصى له و هو حق ان تملك) (اما إذا مات) فى حال حياه الموصى فالقاعده تقضى ببطلان الوصيه و رجوع المال إلى الموصى سواء مات الموصى له قبل القبول أو بعده قبل القبض أو بعده (إلا ان المشهور) حكموا بالصحه و انتقال حق القبول إلى الورثه و فصل بعض بين تعلق غرض الموصى بشخص الموصى له على نحو التقييد فتبطل و عدمه فتصح و ينتقل حق القبول إلى الورثه و على ما ذهب إليه المشهور شواهد من الأخبار فالمصير إليه متعين (و لكنه مخالف للقواعد فان القبول ليس بحق حتى يصح انتقاله بل هو حكم مثل حكم قبول المشترى فى البيع) (و عليه فالمدار) على الوارث حين موت الموصى له لا ـ موت الموصى و لو قبل بعض و رد بعض صح فى نصيب القابل و بطل فى نصيب الراد (و هل يسرى) إلى ورثه الوارث لو مات قبل القبول أيضا أم لا وجهان (و هل ينتقل المال) إلى الوارث ابتداء أو إلى الميت ثمّ منه إليه وجهان اقربهما الأول و تظهر الثمره فى وفاء ديون الموصى له منه و إنفاذ وصاياه و عدمه و فى استحقاق الزوجه لو كان الموصى به مما تحرم منه كالأرض و عدمه و فى اختصاص الولد الأكبر به لو كان من الحياه و عدمه و فى انعتاقه لو كان ممن ينعتق على الموصى له و عدمه إلى غير ذلك من الثمرات.

المسأله ۹: الوصى امين

فلا يضمن ما يتلف بيده إلا إذا بدل أو فرط و من التفريط التهاون فى انجاز الوصيه و الصرف فى المستحبات مع اشتغال الذمه بالواجبات (و له استيفاء دينه) مما فى يده من دون بينه و لا حكم حاكم و كذا قضاء ديونه الّتى يعلم بقاؤها إلى حين القضاء و رد ما يعلم كونه وديعه أو عاريه أو غصبا إلى أهله (و له أن يشترى) لنفسه بالقيمه العادله و أن يقترض مع الملاءه (و أن يأخذ أجره المثل) لعمله إذا لم يقصد التبرع فان كان فى مال الميت اخذها منه و ان كان فى مال اليتيم فمنه و ان

كـان فيهمـا فمنهمـا كلاً بنسـبته من غير فرق بين كونه غنيـا أو فقيرا و ان كان الأولى بالغنى أن يسـتعفف و على الفقير ان يأكل بـالمعروف غير متأثـل مالاً و لا واق أى غير مسـتاصل للمال و لا واق به ماله و قـد ورد فيمن بيـده ماشـيه لليتيم انه ان كان يليط حياضـها و يقوم على مهنتها و يهنأ جرباها و يرد شاردها فليشـرب من ألبانها غير مجهـد و لا مضـر بالولد و الجمع بينه و بين غيره يقضى بكون ذلک اجر مثل ذلک عرفاً.

المسأله ۱۰: الوصى كالوكيل يقتصر على ما حدده له الموصى

فليس له تجاوزه و ليس له الايصاء إلى غيره الا إذا اذن له فيه فيقتصر على مقدار الإذن فان خصه بشخص أو وصف اختص و ان عمم أوصـى إلى مسـتجمع الشرائط و مع عدم الإذن يرجع الأمر بعده إلى الحاكم و مع فقده فإلى عدول المؤمنين و كذا كل من مات و لا وصى له مع الحاجه إلى متول و يتعدى الحكم إلى وصى الوصى ابدا فيجوز مع الإذن و يمتنع بدونه.

المسأله ۱۱: تثبت الوصيه بالمال بشاهدين عدلين و شاهد و امرأتين و شاهد و يمين و أربع نساء

و تقبـل الواحـده فى الربع و الاثنتان فى النصف و الثلاث فى الثلاثه أرباع و لا تثبت الولايه الا بعـدلين و لا تقبل شـهاده الوصـى فيما هو وصى فيه و تقبل للموصى فى غير ذلك و عليه.

المسأله ۱۲: لو أوصى بمثل نصيب أحد الورثه صحت من الثلث

فـان لم يزد أو اجازوا كان الموصـى له كأحـدهم فلو أوصـى بمثل نصـيب ابنه و ليس له سواه أعطى النصف مع الإجازه و الثلث بدونها و لو كان له ابنان فالثلث و لو اختلفوا أعطى الأقل الا ان يعين الأكثر.

المسأله ۱۳: إذا نسى الوصى انه هل أوصى بالوجه الفلانى أم لا

لم يجز الصـرف فيه و رجع المال ميراثا اما لو نسى وجها أو اكثر مما اوصاه به فان تردد بين محصور فان أمكن الجمع جمع و إلا تخير أو اقرع أو وزع و ان تردد بين غير محصور صرف فى وجوه البر.

المسأله ۱۴: إذا أوصی له بسیف

فان کان معینا و له غمد و حلیه دخلا و ان کان عاریا خرجا و ان کان کلیا دخل الغمد دون الحلیه و إذا أوصی بصندوق فیه متاع فان کان المقصود بالأصاله ما فیه کصناديق القند و الشاي و النفط و نحوها دخل الظرف و المظروف الا مع القرینه علی الخروج و الا دخل الظرف دون المظروف الا مع القرینه علی الدخول و یدخل فی الوصیه بالشیء و توابعه کالعبد و ثیابه و الدابه و رحلها و السفینه و شراعها دون حملها الا مع القرینه.

المسأله ۱۵: إذا أوصی بعتق رقبه اجزأ الذکر و الأنثی و الصغیر و الکبیر و المؤمن و الکافر

و لو قال مؤمنه لزم فان لم یوجد اعتق من لا یعرف بنصب و لو ظنها مؤمنه فاعتقها فظهر خلافه کفی و لو عین ثمنا لشرائها وجب فان لم یوجد الا بالاقل اشتری به و اعتق و دفع إلیها الفاضل و لو لم یوجد الا بالازید اشتری بعضها و اعتقه فان تعذر صرف فی وجوه البر و لو أوصی بعتق عبده و لا شیء له سواه اعتق ثلثه و لا سرایه و إذا کان علیه دین فثلث الفاضل بعد الدین و لو أوصی بعتق عبیده و لا شیء له سواهم اعتق ثلثهم بالقرعه و کذا لو أوصی بعتق ثلثهم أو عدد مبهم منهم کالثلاث استخرج الثلث أو الثلاث بالقرعه.

المسأله ۱۶: إذا أوصی بإخراج ثلثه أو وفاء دیونه لله أو للناس

فان عین اعیانا خاصه أو جعل للوصی ولایه التشخیص بما شاء من الأعیان نفذ و لیس للورثه المعارضه اما إذا أطلق کان الثلث مشاعا و التخییر فی جهات وفاء الدیون للورثه.

المسأله ۱۷: تصح الوصیه بالولایه علی کل من للموصی ولایه علیه

کالاولاد القاصرین بصغر أو سفه بالنسبه إلی الأب أو الجد له دون الکاملین و دون غیر أولاده و ان کانوا ورثه صغارا أو مجانین کالاخوه و الأعمام و لا تجوز من الأب مع وجود الجد له و لا من الجد مع وجود الأب و لا من الأم و ان لم یکن جد و لا أب و تصح علی الموجودین حالها و من یتجدد بعدها و علی أموالهم الموجوده و المتجدده و له الإنفاق علیهم بالمعروف و القول قوله فی الإنفاق و قدره و فی تلف المال من غیر تفریط

و فی عدم الخیانه فی البیع و غیره بیمینه اما لو ادعی دفع المال إلیهم بعد البلوغ فالقول قولهم بیمینهم.

المسأله ۱۸: منجزات المریض و لو کان محاباتیه کعتقه و وقفه و هبته و ابرائه نافذه من الأصل

من دون وقوف علی إجازه الورثه حتی لو مات بذلک المرض و اما اقراراته فان لم یکن منهما فکذلک و الا فمن الثلث سواء کان المقر له أجنبیا أو وارثاً.

المسأله ۱۹: ینبغی للمؤمن ان یکون وصی نفسه و یقدم زاده

و لا یتکل علی غیره لیبعثه إلیه بعده فینجز کلما یمکن تنجیزه من وفاء دیونه و أداء الحقوق التی علیه من خمس أو زکاه أو مظالم أو غیرها و قضاء الفوائت التی علیه من صوم أو صلاه بل تتضیق الواجبات الموسعه بظهور امارات الموت فیجب علیه المبادره بالقضاء و أداء النذور المطلقه و الکفارات و نحوها و رد الأمانات إلی اهلها من ودیعه أو عاریه أو مال مضاربه و نحوها فان تعذر شی ء من ذلک أوصی به و ینبغی ان یحسن وصیته ببیان جمیع ماله و ما علیه و لا یوصی بها مجمله مبهمه کما هو المتعارف فی هذا الزمان خصوصاً عند أهل البوادی و ینبغی لحمله العلم الشریف الذین یصلون إلیهم تعلیمهم کیفیتها و حثهم علی تفصیلها فمن سن سنه حسنه کان له اجرها و اجر من عمل بها إلی یوم القیامه.

الکتاب التاسع عشر فی النکاح

اشاره

المستحب استحبابا مؤکداً و فضله مشهور بین المسلمین فان به یحصل النسل و تکثر الأمه و یبقی النوع و یدفع الفقر و یجلب الرزق و یحرز نصف الدین أو ثلثاه و هو سنه رسول الله صلّی الله علیه و آله و سلَّم و کفاه ذلک فضلا (و هو قسمان) عقد و ملک یمین و العقد قسمان دائم و منقطع (و النظر) فی المقدمات و المقاصد و اللواحق.

(اما المقدمات)

اشاره

ففیها مصابیح:

المصباح الأول فی الآداب

اشاره

و هی قسمان آداب العقد و آداب الدخول.

(اما آداب العقد)

فان یصلی رکعتین قبل تعیین المرأه و یسأل الله تعالی ان یرزقه من النساء اعفهن فرجا و احفظهن له فی نفسها و ماله و اوسعهن رزقا و اعظمهن برکه و الاشهاد و الاعلان فی الدائم و الخطبه امام العقد و إیقاعه لیلا و ان یتخیر البکر الودود الولود و تعرف بنسائها العفیفه الکریمه الأصل و یتقی خضراء الدمن و هی المرأه الحسناء فی منبت السوء و لا یقصر نظره علی المال و الجمال و یقصد السنه لا الشهوه- و یکره- و القمر فی العقرب و ان یتزوج العقیم.

(و اما آداب الدخول)

فصلاه رکعتین قبله و الدعاء بعدهما و یأمرها بمثل ذلک و ان یضع یده علی ناصیتها عند دخولها علیه مستقبل القبله قائلا (اللهم علی کتابک تزوجتها و فی أمانتک أخذتها و بکلماتک استحللت فرجها فان قضیت لی فی رحمها شیئا فأجعله مسلما سویا و لا تجعله شرک شیطان) و ان یکونا علی طهر و إیقاعه لیلا و لیولم عند الزفاف یوما أو یومین و یدعو المؤمنین إلیها و یستحب لهم الإجابه و یجوز اکل مثار العرس و اخذه و یستحب ان یسمی عند الجماع دائما عند الدخول الأول و غیره و یسأل الله ان یرزقه ولداً ذکرا سویا صالحا و یکره الجماع مطلقا عند الزوال الا یوم الخمیس و بعد الغروب حتی یذهب الشفق الأحمر و بعد الفجر حتی تطلع الشمس و عاریا و عقیب الاحتلام قبل الغسل أو الوضوء و مستقبل القبله و مستدبرها و فی السفینه و فی المحاق و لیله الخسوف و یوم الکسوف و عند هبوب الریح الصفراء أو السوداء أو الزلزله و أول لیله من کل شهر الا شهر رمضان و فی لیله النصف و فی السفر مع عدم الماء و لا یجامع و فی البیت مستیقظ و لو صبی ممیز (و یکره) النظر إلی فرج المرأه حال الجماع و غیره و الکلام عند التقاء الختانین الا بذکر الله تعالی.

المصباح الثانی فی أحكام النظر

لا- يحل للرجل النظر إلى الا-جنبيه و لا- للمرأه النظر إلى الأ-جنبى الا- الوجه و الكفين مره واحده من غير معاوده (الا لضروره) كالشهاده و المعامله و المعالجه (و الا لإراده التزويج) فيجوز النظر إلى امرأه يريد نكاحها و ان لم يستأذنها فان انه مستام يأخذ باغلى ثمن فينظر إلى وجهها و كفيها و شعرها و محاسنها قائمه و ماشيه بغير ريبه و يجوز للمرأه النظر إليه كذلك (و الا للقواعد من النساء) اللاتى لا يرجون نكاحا بالنسبه إلى ما لم يعتدن ستره (و الا للصبيه قبل البلوغ) و الصبى كذلك بل يجوز اللمس و التقبيل بدون غيبه (و الا) لنساء أهل الذمه بل مطلق الكفار و نساء العراب و أهل البوادى و القرى و الاماء ممن عادتهن التبرج و لا ينتهين إذا نهين فيجوز النظر إلى اوجههن و ايديهن و شعورهن بغير ريبه (و يجوز) لكل من الزوج و الزوجه النظر إلى جسد الآخر حتى العوره مع التلذذ و بدونه و كذا اللمس- و المطلقه- رجعياً ما دامت فى العده زوجه- و المملوكه- و لو كانت مؤجره أو مرهونه كالزوجه بالنسبه إلى المالك الا إذا حرم عليه وطيها لتزويج أو عده أو كفر أو كتابه فكالأجنبيه و عده وطى الشبهه فى الزوجه أو الأمه لا- يحرم النظر و اللمس و ان حرمت الوطى- و يجوز ان ينظر بغير ريبه- إلى ما عدا العوره ممن حرم عليه نكاحهن مؤبداً بنسب أو رضاع أو مصاهره لا جمعا كما يجوز نظرهن إليه كذلك (و كذا نظر الرجل) إلى مثله

بغير ريبه و لا تلذذ فيما عدا العوره و المرأه إلى مثلها كذلك اما الخنثى فلا يجوز لها النظر إلى كل منهما (الا إذا استلزم العسر و الحرج كما هو الغالب) و فى جواز نظر كل منهما إليها اشكال (اقربه الجواز) و إذا اشتبه من يجوز النظر إليه و من لا يجوز فان كانت الشبهه محصوره اجتنب و الا فان كان الشك فى البلوغ و عدمه جاز و ان كان فى الزوجيه أو الملكيه أو المحرميه بنسب أو مصاهره أو رضاع لم يجز و ان كان فى المماثله فاشكال (و ليس) للمملوك و لو كان خصيا النظر إلى مالكته فضلا عن غيرها و لا لها النظر إليه (و لا للعنين) أو المجبوب أو الهرم الذى لا يرجو نكاحا النظر إلى الاجنبيه و لا

لها النظر إليه كما ليس لها النظر إلى الاعمى (و لا يحرم) سماع المرأه لصوت الأجنبى قطعا بل و لا سماعه لصوتها ما لم تخضع بالقول فيطمع الذى فى قلبه مرض (و اللمس كالنظر) فى المتماثلين و المحارم و الزوجه و المملوكه و غير البالغ دون القواعد و الاماء و المتبرجات من نساء أهل البوادى و القرى و الأعراب و المرأه التى يريد نكاحها و الوجه و الكفين من الاجنبيه فيجوز النظر دون اللمس (و اما الضروره) فتتقدر بقدرها (و الميت كالحى) فيما يجوز النظر إليه و ما لا يجوز (و العضو المنفصل كالمتصل على الاحوط الا ما لا تحله الحياه كالشعر و الظفر فيجوز وصل شعر امرأه أخرى بشعرها و يجوز لزوجها النظر إليه على كراهه بل الاحوط الترك.

المصباح الثالث فى أسباب التحريم

اشاره

أما مؤبد أو غير مؤبد- و المؤبد- سببه اما نسب أو سبب- و السبب- أما رضاع أو مصاهره أو تزويج أو زنا و شبهه أو لعان أو قذف- و غير المؤبد- سببه اما مصاهره أو استيفاء العدد أو الكفر فهنا جذوتان و قبسات:

(الجذوه الأولى) فى التحريم المؤبد

اشاره

و فيه قبسات:

القبس الأول: فى النسب

و يحرم منه سبع (الأم) و ان علت (و البنت) و ان سفلت (و الأخت) و بناتها و ان نزلن (و العمه و الخاله) و ان ارتفعتا (و بنات الأخ) و ان هبطن و التحريم ثابت من الطرفين فكل مورد تحرم فيه الأنثى على الذكر يحرم الذكر عليها فكما تحرم الأم على ابنها يحرم الابن عليها و هكذا- و الضابط- انه يحرم على الإنسان اصوله و فصوله و فصول أول اصوله و أول فصل من كل اصل بعد أول الأصول فيدخل فى الأول الآباء و الامهات و فى الثانى البنون و البنات و فى الثالث الاخوه و الأخوات و أولادهم نازلين و نازلات و فى الرابع الأعمام و العمات و الأخوال و الخالات دون أولادهم من بنين أو بنات- و اخصر منها- قولهم يحرم على الانسان كل قريب ما عدا أولاد العمه و الخئوله- و يكفى- فى تحقق النسب هنا مجردا لولاده و لو عن زنا فلو ولد له من الزنا بنت حرمت عليه و لو ولدها من الزنا ابن حم

علیهـا و هکـذا و یلحق بـذلک حل اللمس و النظر فکل من حرم نکاحها ابـدا حل لمسـها و النظر إلیها و لا یثبت بالزنا نسب فیما عداه حتی التحریم بالمصاهره کتحریم حلیله الابن و زوجه الأب و أم الزوجه و الجمع بین الأختین و هکذا بل یقف علی النکاح الصحیح أو الوطی بالشبهه.

القبس الثانی: فی الرضاع الذی یحرم منه ما یحرم من النسب

اشاره

- و النظر فی ارکانه- و احکامه

اما ارکانه فثلاثه المرضعه و المرتضع و اللبن:

(فاما المرضعه)

فیعتبر فیهـا الحیاه فلا حکم للبن المیته و ان ارتضع فی حال الحیاه و اکمل حال الموت بالیسـیر- و الانوثه- فلا حکم للبن الخنثی أو الرجـل- و الانسـانیه- فلاـ حکم للبن البهیمه فلو ارتضـعا من لبنهـا لم یحرم أحـدهما علی الآخر- و یسـتحب- أن تکون عاقله مؤمنه عفیفه وضیئه حسنه الخلق و الخلق فان اللبن یعدی و یغلب الطباع و الغلام ینزع إلیه و یشب علیه.

(و اما المرتضع)

فیعتبر فیه الحیاه فلو اوجر اللبن فی معـدته میتا لم ینشـر حرمه (و ان یکون قبل الفطام) یعنی فی الحولین فلو رضع بعدهما لم یؤثر و ان لم یفطم و لو رضع قبل تمامها اثر و ان فطم و کذا لو تمت الرضعه الأخیره بتمامها و لا یعتبر ذلک فی ولد المرضعه فیؤثر و لو تجاوزهمـا و یعتبران بالاـهله و لکن لو انکسـر الشـهر الأـول اکمـل بالعـدد من الخـامس و العشـرین و لو شـک فی وقوعه فی الحولین فلا نشر سواء جهل تاریخ الولاده و الرضاع أو علم تاریخ أحدهما.

(و أما اللبن) فیعتبر فیه أمور:

(الأول) بلوغه

مقـدارا خاصه قـدر بالاثر و الزمان و العدد (فاما الأثر) فهو ما انبت اللحم و شد العظم (و أما الزمان) فهو یوم و لیله بالرضاع فیهما علی المتعـارف فلاـ یقـدح الماء و لا الـدواء و لا الیسـیر من الطعام الـذی لا یغنی عما اعتاد شـربه من اللبن (و یکفی التلفیق) فی

الزمان و لا يعتبر الكمال فی الرضـعات (و اما العـدد) فهو خمسه عشـر رضـعه- كاملات- بأن يرتوی فی كل رضـعه و يصدر من قبل نفسه- متواليات-

بان لا یفصل بینهما برضاع امرأه أخری و لو ناقصا و لا یقدح الفصل بالاکل و الشرب و لا نشر بالعشر فضلا عما دونها.

(الثانی) کونه بتقادیره الثلاثه من امراه واحده

فلو کان من امرأتین فلا نشر و ان کان الفحل واحدا.

(الثالث) أن یکون من فحل واحد

فلو کان من فحلین فلا نشر و ان کانت المرضعه واحده و لا یعتبر فی نسبته إلی الفحل کون المرضعه فی حباله فلو طلقها و هی حامل أو مرضع فارضعت نشر کما لو کانت فی حباله و کذا لو تزوجت و دخل بها الثانی و حملت منه مع بقاء اللبن بحاله لم ینقطع اما لو انقطع ثمّ عاد فی وقت یمکن ان یکون للثانی کان له دون الأول و لو اتصل حتی وضعت من الثانی کان ما قبل الوضع للأول و ما بعد الوضع للثانی.

(الرابع) ان یکون لبن ولد عن وطی صحیح

فلو در بلا وطی أو معه بلا ولد أو معه و کان عن زنا فلا نشر و لا یعتبر فی الولد الانفصال بل یکفی الحمل و یتحقق الوطی الصحیح بالعقد دائما و منقطعا و ملک الیمین و التحلیل بل و الشبهه و لا تقدح الحرمه العرضیه لحیض و نحوه و لو کانت الشبهه من أحد الطرفین دون الآخر تحقق النشر بالنسبه إلی من کانت الشبهه من طرفه.

(الخامس) أن یکون بالامتصاص من الثدی

فلو احتلب له و شربه أو اوجر فی حلقه أو اوصل إلی جوفه بحقنه أو سعوط أو جبن له فاکله فلا نشر.

(السادس) أن یکون خالصا

فلو القی فی فم الصبی مائع یمتزج باللبن حال ارتضاعه حتی یخرجه عن مسمی اللبن فلا نشر.

(و أما الأحکام)

اشاره

ففيها مسائل:

المسأله ۱: الرضاع لحمه كلحمه النسب

فتحدث به علقه كالعلقه النسبيه بين المرتضع و فروعه مع المرضعه و الفحل و فروعهما و اصولهما و حواشی نسبهما فتصير المرضعه اما و الفحل ابا و فروعهما اخوه و أخوات و اصولهما جدودا و

جدات و حواشی نسبهما اعماما و عمات و اخوالا و خالات و یسری ذلک إلی فروعه فیصیرون احفادا للمرضعه و الفحل و هکذا و أما أصول المرتضع- و حواشی نسبه فلا تحدث بینهم و بین المرضعه و الفحل و من یتعلق بهما علقه سوی ان ابنهم صار ابنا لاولئک فان المرتضع صار له بسبب الرضاع أم أخری و أب آخر و یتعدد بتعددهما من ینتسب إلیه بتوسطهما من الأصول و الفروع و الحواشی نظیر ما لو فرض محالا تولده فی النسب مرتین تاره من أب و أم و أخری من أب آخر و أم أخری فانه و ان انتسب حینئذ هو و أولاده و ان نزلوا إلی کل من الأبوین و من یتعلق بهما لکن لا نسبه بین الطائفتین بعضهم مع بعض فاخوته من هذا الأب و الأم لا قرابه بینهم و بین اخوته من الأب الآخر و الأم الأخری سوی کونهم اخوه اخیهم و کذا لا قرابه بین اخته من هذا الأب و بین أبیه الآخر سوی کونها اخت ابنه و هکذا. و معلوم ان هذه العناوین بنفسها لیست محرمه فی النسب لیحرم مثلها فی الرضاع و أما لوازمها أو ملزوماتها أو ملازماتها و ان حرمت فی النسب لکن دلیل تنزیل الرضاع إنما نزله منزله النسب فی الآثار الثابته لنفس ذلک العنوان النسبی لا للوازمه و ملزوماته و ملازماته فالقول بعموم المنزله باطل قطعا.

المسأله ۲: الظاهر ان قاعده یحرم من الرضاع ما یحرم النسب معتبره منطوقا و مفهوما

و لم یخصص منطوقها بعد تحقق الشرائط السابقه المعتبره فی النشر (إلا فی مورد واحد) و هو ما إذا ارتضع رضیع من امرأه من لبن فحل و ارتضع آخر منها من لبن فحل آخر فانه و ان حرم کل من الرضیعین و فروعه علی تلک المرأه و اصولها و فروعها و حواشی نسبها و علی الفحل الذی رضع من لبنه کذلک لا یحرم أحد الرضیعین علی الآخر لعدم اتحاد الفحل فالاخوه من قبل الأم الرضاعیه غیر غیر کافیه فی التحریم و ان کفت من قبل الأب الرضاعی و هو معنی قولهم اللبن للفحل خلافا للطبرسی فاکتفی بالاخوه من قبل الأم أیضا (هذا إذا) کان کل منهما ولدا رضاعیا لها (اما إذا کان احدهما نسبیا) کفت الاخوه من قبلها قولا واحدا فلو أرضعت ولداً

حرم علیه أولادها النسبیون کلا ـ و ان کانوا من فحل آخر غیر الفحل الذی ارتضع الرضیع من لبنه (و أیضا) فإنما یعتبر اتحاد الفحل بهذا المعنی فی خصوص الاخوه بین الرضیعین لا فی کلما کان الرضاع من الطرفین منشأ للحرمه فتحرم علی المرتضع أم المرضعه من الرضاع و اختها و عمتها و خالتها منه و ان اختلف الفحل فی الرضاعین و کذا یحرم علی المرتضعه أبو المرضعه من الرضاع و اخوها و عمها و خالها منه و إذا تحققت الاخوه بین الرضیعین بالرضاع من لبن فحل واحد حرم فروع کل منهما و لو من الرضاع علی الآخر و اعلم انه لا تحرم علیک مرضعه اخیک أو اختک و لا مرضعه ابن ابنک و لا أم مرضعه ولدک و لا بنت مرضعه ولدک لکن خروج ذلک و أمثاله من القاعده من باب التخصص لا التخصیص کما عرفت وجهه فی المسأله الأولی و ان اوهم کلام العلامه فی التذکره الثانی (و أما مفهومها) و هو لا یحرم من الرضاع ما لا یحرم من النسب فلم یخصص أیضا الا فی تحریم بنات الفحل أو المرضعه أو هما علی أب المرتضع لاخبار خاصه دلت علی ذلک عمل بها جمع و ردها آخرون و الا فقد عرفت فی المسأله الأولی انه لا تحدث بالرضاع علقه بین أب المرتضع و بنات الفحل و المرضعه سوی صیرورتهن اخواتا لابنه و لیس ذلک من العناوین المحرمه فی النسب لیحرم مثله فی الرضاع و ثبوت التحریم للعنوان الملازم له غیر مجد بعد ان کان التنزیل باعتبار الآثار الثابته له فقط (و یتفرع) علی العمل بها انه لو ارضعت ولداً جدته لامه بلبن جده أو غیره أو ارتضع من لبن جده لامه و لو من غیر جدته حرمت أمه علی أبیه لانها حینئذ اما بنت للمرضعه أو الفحل أو هما و علی أی تقدیر فتحرم علی أب المرتضع (ثمّ ان العاملین بها) اضطربت کلماتهم فی التعدی عن موردها و عدمه (فمنهم) من اقتصر علیه (و منهم) من تعدی إلی غیره حتی قال بعموم المنزله و وقع فیما وقع فیه من تحریم بعض ما علم ضروره من الدین خلافه (و منهم) من تعدی إلی موارده مخصوصه ادعی دلاله تلک الأخبار علیها بعموم التعلیل أو إطلاق التنزیل أو الملازمه العرفیه.

(فمنها) تحریم أم المرتضع علی أبناء الفحل أو المرضعه فان حرمه أبیه علی بناتهما یستلزم حرمه أمه علی ابنائهما.

(و منها) تحریم بنات أب المرتضع أو أمه أو هما علی الفحل لان تحریم بنات الفحل أو المرضعه أو هما علی أب المرتضع یستلزم العکس.

(و منها) تحریم جدات المرتضع علی الفحل و أم المرضعه و جدتها علی أب المرتضع.

(و منها) تحریم أخوات المرتضع النسبیات علی اخوته الرضاعیین و اخواته الرضاعیات علی اخوته النسبیین.

ن (و منها) تحریم بنات الفحل الرضاعیات علی أب المرتضع دون بنات المرضعه الرضاعیات الأعلی قول الطبرسی و کذا سریان التحریم علی أب المرتضع من الرضاع لعموم یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب لکن فی شموله لما حرم من النسب بسبب الرضاع اشکال لا یخفی وجهه (و نسب إلی بعض) تحریم المرضعه علی زوجها فیما إذا ارضعت اخاها أو اختها لابویها أو أحدهما أو ولد اخیها أو ولد اختها أو ولد ولدها أو عمها أو عمتها أو خالها أو خالتها أو ولد عمها أو عمتها أو ولد خالها أو ولد خالتها أو أخ الزوج أو اخته أو ولد ولده أو ولد أخیه أو ولد اخته أو عمه أو عمته أو خاله أو خالته و کذا لو ارضعت إحدی زوجتیه ولد ولد الأخری منه فقد یقال بتحریم ضره المرضعه علیه و هی کما تری.

(منها) ما یرجع إلی بعض المسائل السابقه.

(و منها) ما یبتنی علی عموم المنزله.

(و منها) ما لا وجه له أصلا و ایا ما کان فالحق الاقتصار علی مورد تلک الأخبار من دون تعد إلی غیره أصلا الا إلی أجداد المرتضع لأبیه و ان علوا أو احفاد الفحل و المرضعه و ان نزلوا و بنات الفحل الرضاعیات و أب المرتضع من

الرضـاعه (علی تامـل فی کـل ذلـک أیضا) و ان کان الاحتیاط بالاجتناب فی المسائل السابقه مما لا ینبغی ترکه خصوصا فی أم المرتضع بالنسبه إلی أبناء الفحل أو المرضعه.

المسأله ۳: المصاهره علاقه تحدث بین کل من الزوجین و اقرباء الآخر

فسببها مرکب من زوجیه و نسب و الرضـاع لاـ یقوم مقـام الزوجیه قطعـا فمرضـعه الولـد لا تکون بمنزله الزوجه لأبیه لتحرم علی الأـب أمهـا و یقوم مقـام النسب فتحرم مرضـعه الزوجه و رضـیعتها علی لزوج و حلیله الاـبن لرضـاعی علی الأـب و زوجه الأـب الرضاعی علی الابن و هکذا فیما هو بحکم الزوجیه کالوطی بالشبهه و الزنا و اللواط و نحوها فتحرم مرضعه الموطوءه بالشبهه أو المزنی بها علی الواطی و مرضعه الغلام الموقوب و رضیعته علی الموقب و هکذا فلا فرق فی النسب الذی یقوم مقام الرضاع بین ان یکون تمام السـبب فی التحریم و حاصـلا بین المحرم و المحرم علیه کما فی المحرمات النسبیه السـبعه أو جزئه و حاصـلا بین المحرم و زوج المحرم علیه أو من بحکمه کما فی المحرمات بالمصاهره.

المسأله ۴: کل رضاع یمنع النکاح إذا سبقه یبطله إذا لحقه

فلو تزوج رضـیعه فارضعتها أمه النسبیه و لو بلبن غیر أبیه أو الرضاعیه بلبن من ارتضع هو من لبنه أو بعض نساء آبائه و ان علوا أو أولاده و ان نزلوا أو اخوته بلبنهم أو اخواته حرمت علیه و کـذا لو ارضـعتها زوجته الکبیره بلبنه و تحرم الکبیره أیضا مؤبدا اما لو ارضـعتها بلبن غیره فان کان دخل بالکبیره حرمتا أیضا و الا حرمت الکبیره مؤبدا دون الصغیره- و هل یفسد- نکاحها فلا بد من تجدید العقد علیها لو ارادها أو لا وجهان احوطهما الأول و أقواهما الثانی و لو ارضعت زوجته الصغیره إحدی الکبیرتین بلبنه ثمّ ارضعتها الأخری حرمت المرتضعه و أولی المرضعتین دون الثانیه لانها ارضعت ابنته لا زوجته ثمّ (ان کان رضاع الصغیره) بسبب مختص بها فقـد حکموا بسـقوط مهرها و ان کان بارضاع الکبیره لها و کان لها مهر مسـمی غرمه الزوج کملا و قیل یغرم نصـفه کالطلاق و یرجع بما غرم علی الکبیر لا إذا وجب علیها لحفظها عن التلف.

المسأله ۵: إذا شک فی تحقق الرضاعه المحرمه

فلا تحریم الا ان یستبین وجوده بحدوده و قیوده أو تقوم به البینه و لا تقبل الشهاده به الا مفصله و تقبل علی الإقرار به مطلقه و شهاده النساء فیه جائزه لکن لا یقضی به الا باربع منهن أو رجل و اثنتین أو رجلین و لا یقبل فی الإقرار به الا رجلان و لو اشتبهت الرضیعه فی غیرها فان کان بین محصور اجتنب الجمیع و الا فلا.

القبس الثالث: فی المصاهره

اشاره

و هی علاقه قرابه تحدث بالزوج جعلها الله تعالی کما جعل النسب فقال عز من قائل [وَ هُوَ الَّذِی خَلَقَ مِنَ الْمٰاءِ بَشَراً فَجَعَلَهُ نَسَباً وَ صِهْراً] نعم قد تعارف البحث هنا عن أمور الحقت بها إلحاقا کالوطی بالملک أو الشبهه أو الزنا و النظر و اللمس و اللواط (فاما الزواج) بالعقد الدائم أو المنقطع فیحرم به ابدا و لو تجرد عن الدخول ثلاثه فریق (زوجه الأب) و ان علا لأب أو أم علی الابن و ان نزل لابن أو بنت (و زوجه الابن) علی الأب کذلک و تقیید حلائل الابناء بالذین من اصلابکم لاخراج من لم یکن من الصلب کالذی یتبنی لا لاخراج ابن الابن و ابن البنت و لا فرق فیهما بین ان یکونا حرین أو مملوکین أو مختلفین و لا فی الزوجه بین ان تکون حره أو مملوکه (و أم الزوجه) و ان علت لأب أو لأم فتحرم بمجرد العقد علی بنتها و ان لم یدخل بها بخلاف البنت و هی الربیبه فلا تحرم بمجرد العقد علی بنتها الا جمعا فلو فارقها بدون دخول حل له تزویج بنتها نعم لو دخل بامها حرمت ابدا و الحره و المملوکه فی هذا سواء و الحجور و غیر الحجور سواء و من تقدمت ولادتها علی الزوجیه أو تاخرت حتی بعد خروج امها عن الزوجیه سواء و الفرق بینها و بین الأم ان الله سبحانه و تعالی یقول و امهات نسائکم فلم یستثن فی هذه کما اشترطه فی تلک هذه مبهمه لیس فیها شرط و تلک فیها شرط (و أما الوطی) فان بالعقد فلا اثر له فی الطوائف الثلاث اعنی زوجه الأب و زوجه الابن و أم الزوجه و ذلک لان التحریم قد تحقق بنفس العقد قبل الوطی (و اما الطائفه الرابعه) اعنی بنت الزوجه و ان حرمت

بالدخول بامها بعد العقد لكن الأثر فيها للدخول وحده لا للعقد و لذا لو تحقق بغير العقد حرمها أيضا كما سيجى ء (اما إذا كان) بالملـك عينـا أو منفعه بالتحليـل- فيحرم به ابـدا- أربعه فريق (موطوءه الأـب) و ان علا لأب أو أم على أولاده و ان نزلوا لابن أو بنت (و موطوءه الاـبن) على الأـب كـذلك (و أم الموطوءه) و ان علت لاـبن أو لأـم على الواطى و بناتها و ان نزلن لابن أو بنت تقـدمت ولاـدتهن على الوطى أو تـاخرت- و لاـ تحرم- مملوكه الأـب على الاـبن بمجرد الملك و لا مملوكه الابن على الأب و كـذا المحلله لأحـدهما لا تحرم على الآخر بمجرد التحليل إذا لم يـدخل بها لكن ليس لأحدهما و طى مملوكه الآخر الا بعقد أو تحليل أو شـراء- نعم يجوز- للأب أو الجـد و ان لم يكن مليا تقويم مملوكه ولـده الصـغير ابنا أو بنتا على نفسه و وطيها بالملك بمجرد التقـويم فتثبت القيمه فى ذمته و ان لم يوقع عقـدا مملكـا من بيـع و نحـوه بشـرط عـدم الضـرر على الصـغير- و لـو بـادر أحـدهما- فوطأ مملوكه الآخر من غير شـبهه كان زانيا و يحـد الابن دون الأب الـذى هو اصل للولـد و مالك له و ما ملك على المشهور هنا و ان لم يستثنوه فى كتاب الجدود و لو كانت هناك شبهه فلا حد و على الواطى مهر المثل- و لو حملت- فان كان الحمـل أنثى اعتقت قهرا سواء كان الوطى من الابن لمملوكه أبيه أو بالعكس لان الرجل لا يملك ابنته و ان نزلت و لا اخته و لا قيمه على الواطى (اما لو كان ذكرا) فان كان الوطى من الابن لمملوكه الأب فكـذلك لان الرجل لا يملك ابنه و ان نزل- و الا- لم ينعتق لان الرجل يملك اخاه و لكن على الأب فكه منه- و أما إذا كان- بشـبهه أو زنا فان لحق العقد لم ينشـر حرمه و لو قبل الدخول فان الحرام لا يحرم الحلال فمن تزوج امرأه ثمّ زنى بها ابوه أو ابنه أو زنى هو بامها أو بنتها لم تحرم و فى حكمه الشبهه اما إذا سـبق العقد نشـر فمن وطى امرأه بشبهه أو زنا فليس له التزوج بامها أو بنتها سواء كانت المزنى بها عمه أو خاله أو غيرهما و لاـ لأـبيه أو ابنه التزويـج بهـا هـذا بالنسـبه إلى التزويـج- و اما بالنسـبه إلى الملك- فان كان الوطى بالشـبهه أو الزنا طاريا على الوطى به لم ينشر و الا نشر سواء كان قبل الملك أو بعده

فمن ملك أمه فان اتخذها فراشا بالوطی لم تحرم بوطی امها أو بنتها بشبهه أو زنا و لا بوطی أبیه أو ابنه لها كذلك و الا حرمت.

فروع:

الأول: إذا كان الزنا لاحقا فطلقت رجعیا فرجع بها الزوج

فلاـ تحریم لان الرجوع إعاده للزوجیه الأولی اما لو انقضت العده أو كان الطلاق بائنا فلیس له التزویج بعقد جدید لسبق الزنا علیه.

الثانی: إذا اشتبهت المزنی بها بین امرأتین فصاعدا

فان كان لكل أم أو بنت اجتنب الجمیع و الا جاز له تزویج الأم أو البنت ممن لها ذلك.

الثالث: إذا تزوج بامرأه فضولا فزنی بامها أو بنتها فاجاز أو اجازت العقد

فان قلنا بالكشف كان الزنی لاحقا و الا كان سابقا.

الرابع: إذا شك فی اصل الزنی

بنی علی عدمه و ان شك فی السبق أو اللحوق بنی علی اللحوق.

الخامس: لا فرق فی الوطی فی جمیع ما ذكر بین القبل و الدبر فی الیقظه أو النوم اختیارا أو اضطرارا حلالا أو حراما

كالوطی فی الحیض و الاحرام مع بلوغهما أو أحدهما أو عدمه أو تكفی الحشفه أو مقداره و لا یكفی الانزال علی الفرج و ان حملت منه (و اما النظر) و اللمس فان كانا إلی الوجه و الكفین و نحوهما مما یبدو من الجاریه عاده فلا نشر و لو مع الشهوه بل و كذا لو جردها و لمس بواطنها إذا كان للاختبار أو التداوی و ان تلذذ (و اما إذا باشرها) مباشره الأمه التی یراد استفراشها بالتجرید و التقبیل و لمس البواطن و نحو ذلك مما هو كالجماع (فان كان ذلك) من الأب و ان علا فی مملوكته الغیر المزوجه حرمت علی ابنه و ان نزل (و ان) كان من الابن حرمت علی أبیه كذلك اما لو كانت مزوجه ففعل ذلك فیها حراما فلا نشر (و هل یسری) إلی امها و بنتها فتحرمان علیه و إلی الربیبه الحره أو الأمه إذا عقد علی امها الحره أو الأمه و باشرها كذلك من دون دخول أم لا وجهان أقواهما الثانی و

احوطهما الأول (اما إذا فعل ذلک) بالاجنبیه حراما من دون دخول فلا نشر به قطعا و ان احتمل تنزیلا له منزله الدخول فی جمیع احکامه (و اما اللواط) فان کان طاریا علی العقد لم یحرم و کذا ان کان سابقا و لم یوقب اما إذا وقب و لو بإدخال بعض الحشفه حرم علی الواطی أم الموطوء و ان علت لأم أو أب و اخته دون بناتها و بنته و ان نزلت لابن أو بنت من النسب أو الرضاع و لا یحرم علی الموطوء شیء و لا علی ولد الواطی فیحل له ما حرم علی أبیه و الحکم فی النص معلق فی الواطی علی الرجل و فی الموطوء علی الغلام الا ان الاصحاب لم یفرقوا فیهما بین الصغیر و الکبیر فان کان إجماع فذاک و الا اقتصر علی مورد النص و لو طلق بعد الایقاب فلیس له تجدید العقد کما سبق فی الزنی.

القبس الرابع: فی باقی أسباب التحریم المؤبد و هی أمور:

الأول: العقد وحده أو الدخول وحده أو هما مطلقا أو بشرط الافضاء فی موارد.

أحدها: ذات البعل

اشاره

دواما و متعه حره أو أمه و المعتده کذلک رجعیه کانت العده أو بائنه عده وفاه أو وطی شبهه أو غیرهما من نکاح دائم أو منقطع فان العقد یحرم علیهما ما دامتا کذلک دواما و متعه تکلیفا و وضعا بل یحرم العزم علی ذلک بل یحرم التصریح بالخطبه فی المتعدده و لو علی ان یتزوجها بعد انقضائها نعم لا باس بالتعریض أو الإضمار فی النفس ما لم تکن محرمه علیه ابدا و الا حرما و کل موضع یجوز التعریض من الرجل یجوز من المرأه و متی حرم منه حرم منها قال عز من قائل* "و لا جناح علیکم فیما عرضتم به من خطبه النساء أو اکننتم فی أنفسکم علم الله انکم ستذکرونهن و لکن لا تواعدوهن سراً الا ان تقولوا قولا معروفاً و لا تعزموا عقده النکاح حتی یبلغ الکتاب اجله" فإذا عقد علی أحدهما بطل مطلقا ثمّ ان کانا عالمین بالزوجیه أو العده و التحریم أو کان أحدهما عالما بهما حرمت علیه و حرم علیها ابدا دخل أو لا دائما کان العقد أو منقطعا (اما إذا کانا جاهلین) بهما أو بأحدهما فتحرم

كذلك ان دخل بها قبلا أو دبرا و الا فلا بل متى دخل بها عالما أو جاهلا حرمت أيضا على أبيه و ابنه و حرمت عليه امها و بنتها لانه اما زنى أو شبهه فيحرم سابقا لا لاحقا كما فى الحليه و لا يلحق بالعده مده الاستبراء فى الأمه فى شراء و نحوه فلا يوجب العقد فيها تحريما ابديا و لو مع العلم أو الدخول بل الظاهر جواز العقد فيها و ان حرم الوطى قبل انقضائها فان المحرم فيها هو الوطى دون سائر الاستمتاعات و لا بذات البعل و المعتده الأمه المستفرشه و لو كانت موطوءه بالملك أو التحليل فان العقد عليها بدون اذن سيدها و ان كان باطلا لكنه لا يوجب التحريم الابدى حتى مع العلم أو الدخول كما لا يلحق بالعقد الوطى بالملك أو التحليل فلو زوج امته ثمّ وطأها هو أو غيره بتحليله و هى فى حبال زوجها أو فى عدته لم تحرم ابدا حتى مع العلم.

فروع:

(الأول) إذا عقد حال الزوجيه أو العده و لم يدخل الا بعد خلوها منهما

فهل يثبت التحريم الابدى أم لا وجهان أقواهما الثانى و احوطهما الأول.

(الثانى) هل يعتبر صحه العقد من غير جهه وقوعه على المزوجه أو المعتده

فلو كان فاسدا من غير هذه الجهه فلا تحريم أم لا وجهان أقواهما الأول و احوطهما الثانى.

(الثالث) لو عقد له وكيله أو وليه

فالمدار على علمه و جهله لا على علم الوكيل أو الولى أو جهله.

(الرابع) التحريم الابدى إنما يترتب على العده من غير العاقد

اما إذا كانت منه فلا تحريم نعم قد يحرم العقد فيها أيضا تكليفا و وضعا لكنه لا يوجب الحرمه الابديه كما فى عده الطلاق الثالث المحتاج إلى المحلل و الطلاق التاسع الموجب للتحريم الابدى و قد يحرم وضعيا تكليفا كما فى العده الرجعيه فان التزويج فيها باطل لكونها زوجه أو بمنزلتها و اما إذا وطى زوجه الغير شبهه فاعتدت منه فان العقد فى أثناء العده و ان أوجب التحريم الابدى لكنه لا من حيث العده بل من حيث زوجيتها للغير.

(الخامس) العقد فی المده قبل العده و بعد زوال الزوجیه فاسد قطعا

فلو تزوجها بعد موت زوجها و قبل علمها به بطل (و کذا) لو تزوج المسترابه المعتده بالاشهر ثمّ جاءها الدم فاستأنفت العده بالاقراء و هل یوجب التحریم الابدی قولان أقواهما الأول و مثل ذلک ما لو تزوج المعتده منه إذا کان علیها عده لغیره کما لو کانت معتده من غیره فوطأها شبهه فحملت منه و لم نقل بتداخل العدتین فتقدمت عدته لمکان الحمل فعقد علیها فی الأثناء فانه لا یبعد التحریم الابدی لما علیها من تتمه العده السابقه.

(السادس) لا فرق فی العلم بکون المرأه ذات زوج أو فی عده بین العلم التفصیلی و الإجمالی

فلو علم إجمالا- بوجود إحداهما فی نساء محصورات اجتنبهن اجمع فلو تزوجهن حکم بالبطلان- ما دام الاشتباه فان تمیزن انکشفت الصحه فی الخلیه و التحریم الابدی فی المزوجه أو المعتده (و لو تزوج) احداهن فان بقی الاشتباه بطل و ان زال فان انکشف کونها خلیه صح و ان انکشف کونها مزوجه أو معتده حرمت ابدا علی اشکال.

(السابع) یقوم مقام العلم البینه و الاستصحاب و نحوهما

فلو شهدت البینه بالزوجیه أو الاعتداد أو علم بهما و شک فی الزوال لم یجز له التزویج فلو فعل حرمت علیه ابدا.

(الثامن) هن مصدقات فی التزویج و العده اثباتا و نفیا

فلو اخبرت بانها ذات زوج أو فی عده أو خلیه صدقت حتی لو علم بانها کانت ذات زوج أو فی عده فاخبرت بالطلاق و انقضاء العده فإذا تزوجها مع اخبارها بالوجود حرمت ابدا الا إذا انکشف الخلاف و لو تزوجها بعد اخبارها بالعدم لم تحرم کذلک حتی إذا انکشف الخلاف.

(التاسع) التحریم الابدی دائر مدار أمرین تحقق الواقع و العلم به

فالعلم جزء للموضوع لا- تمامه فلو عقد علی من قطع بکونها ذات زوج أو معتده أو قضت البینه أو الاستصحاب به فانکشف کونها خلیه فلا تحریم و ان استحق العقاب للتجری.

(العاشر) إذا شک فی انها فی عده أم لا أو علم بکونها فی عده و شک بکونها منه أو من غیره

جاز له التزویج و لو علم ان التزویج کان فی العده مع الجهل و شک فی الدخول بنی علی عدمه و لو علم بعدم الدخول و شک فی علمها أو علمه بالحکم أو الموضوع بنی علی عدمه.

ثانیها: الزنی بذات البعل

مدخولا بها أو لا دواما أو متعه و المعتده رجعیا فی القبل أو الدبر دون البائنه و عده الوفاء و الفسخ و المتعه و الوطی بالملک أو الشبهه فانه یوجب التحریم الابدی من دون فرق بین الحره و الأمه بالنسبه إلی غیر مولاها اما لو زنی بها المولی و هی ذات زوج أو فی عده رجعیه ففی تحریمها علیه اشکال کما لا فرق فی الزوج بین الحر و العبد و الصغیر و الکبیر و لا بین علم الزانی بکونها ذات الزوج أو عده و عدمه بعد ان کان عالما بحرمه الوطی و لو تحقق الزنا منه فقط دونها بان کانت مشتبهه أو مکرهه کفی فتحرم علیه و یحرم علیها (اما لو انعکس) فکانت هی الزانیه دونه لم یکف فلا تحرم علیه و لا یحرم علیها علی اشکال (و لا یلحق) بذات البعل الأمه المستفرشه و ان وطئت بملک أو تحلیل و لو شک فی اصل العده أو کونها رجعیه فلا تحرم ما دام الشک اما لو علم بکونها فی عده رجعیه و شک فی انقضائها حرمت ابدا خصوصا إذا اخبرت بعدم الانقضاء (و لا تحرم الزانیه) و لو کانت مشهوره بالزنی علی الزانی إذا کانت خلیه و لا علی غیره و لو لم تکن فإذا زنی بها ثمّ تزوجها فاوله سفاح و آخره نکاح و مثلها مثل النخله أصاب الرجل من ثمرها حراما ثمّ اشتراها بعد فکانت له حلالا و ان کان الأولی الاجتناب خصوصا فی المشهوره بالزنا الا بعد التوبه و استبرائها بحیضه من مائه أو ماء غیره إذا لم تحمل منه و الا فلا استبراء و لو زنت امرأته لم تحرم علیه و لم یجب طلاقها و ان اصرت.

ثالثها: التزویج فی حال احرام الزوج أو الزوجه أو هما إذا انعقد صحیحا

سواء افسده أم لا دون ما إذا وقع فاسداً من اصله لحج أو عمره عنه أو عن غیره فرض أو نقل فانه حرام تکلیفا و وضعا دواما و متعه مباشره و توکیلا محرما کان الوکیل أو محلا

و كله حال الاحرام أو قبله بل لو كان الوكيل محرما بطل أيضا و ان كان الموكل محل بل لا فرق فى بطلانه بين العلم بالتحريم و عدمه و تذكر الاحرام أو نسيانه ثمّ (ان كان الزوج عالما) بالتحريم و الاحرام حرمت عليه ابدا و حرم عليها كذلك و ان لم يدخل بها اما إذا كان جاهلا بهما أو بأحدهما لم تحرم فله العقد عليها بعد الاحلال و ان دخل بها و يشترط كون العقد صحيحا فى نفسه لو لا الاحرام فلو كان فاسدا فلا تحريم (و لا تحرم) الزوجه بوطئها فى الاحرام دائمه و منقطعه عالما بالتحريم و الاحرام أو جاهلا بهما و لو طلقها رجعيا جاز له الرجوع و يجوز للمحرم تملك الاماء و التوكيل فى تزويجه بعد الاحلال و ليس له إجازه التزويج الواقع فضولا حال الاحرام أو قبله و هل له ذلك بعد الاحلال لما وقع حال الاحرام الاحوط العدم و لو على القول بالنقل و لو كان الفضولى محرما فعقده باطل لا يقبل الإجازه و لو كان المعقود له محلا.

رابعها: الدخول بالزوجه قبل إكمال تسع سنين قبلا أو دبرا

افضى أو لم يفض عالما بالصغر أو جاهلا به فانه موجب للبينونه و الحرمه الابديه على قول مخالف للمشهور استنادا إلى مرسل يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام إذا خطب المرأه فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين فرق بينهما و لم تحل له ابدا الا انه لاعراض المشهور عنه و معارضته بالنصوص الداله على بقاء الزوجيه حتى مع الافضاء فكيف بدونه لا يصلح للاستناد فالأقوى ما عليه المشهور من بقاء الزوجيه و عدم الحرمه الابديه نعم لا ريب فى حرمته تكليفا و ترتب الضمان عليه وضعا لو عابت به بافضاء أو غيره مما يوجب ارشا أو ديه و لا فرق فى ذلك بين الدوام و المتعه بل لا فرق فى الحرمه التكليفيه بين الزوجه و المملوكه و المحلله و مشتبهه السن كالمعلوم صغرها للاستصحاب و الحكم مقصور على الوطى فيحل ما عداه من ضروب الاستمتاع.

خامسها: الدخول كذلك إذا حصل به الافضاء

برفع الحاجز بين مسلك البول أو الغائط و مسلك الحيض فانه موجب للبينونه و الحرمه الابديه على قول مخالف

للمشهور و لحرمه الوطی ابدا قبلا و دبرا مع بقاء الزوجیه علی المشهور فتکون الحرمه عرضیه کحرمته فی حال الحیض و نحوه و الا فهی زوجه تترتب علیها جمیع احکامها من التوارث و تحریم الخامسه و الأخت و بنت الأخت و العقد علی الأمه بدون رضاها و جواز باقی الاستمتاعات و استحقاق القسم کما تستحقه الرتقاء و القرناء و الحائض و النفساء و عدم الحد فی وطیها حتی مع العلم و العمد و ان أثم و عزر و لحوق الولد به لو حملت منه و صحه طلاقها و ظهارها ان حرمنا به غیر الوطی من ضروب الاستمتاع و لعانها لنفی الولد و للقذف و جواز العود بها برجعه أو نکاح مستأنف و تکون عنده کما کانت قبل نعم لا یثبت الاحصان بها لعدم التمکن من الوطی فلو زنا أو زنت وجب الحد دون الرجم و الحکم عندهم مقصور علی افضاء الزوجه الصغیره دواما أو متعه بالوطی عالما بصغرها فلا- یسری إلی المملوکه و المحلله و الاجنبیه سواء وطأها بشبهه أو زنا و لا إلی الزوجه الکبیره و لا إلی الافضاء بالإصبع و نحوه و لا إلی الجهل بصغرها کما لو اعتقدها کبیره فوطأها فافضاها فبان الخلاف (و حیث انه) لا دلیل یعتمد علیه علی کل من القولین فالأقوی بقاء الزوجیه و جواز الوطی خصوصا إذا اندمل الجرح و صلح الوطی فان أخبار الباب اجمع خالیه عن التعرض لحرمه الوطی و فیها ما هو صریح ببقاء الزوجیه و ما ذکرناه فی کتاب الدیات من الحرمه الابدیه فهو علی مذهب المشهور- نعم تترتب- علی الافضاء أحکام أخر:

(أحدها) الدیه فانها تجب فی افضاء الاجنبیه مطلقا بالوطی أو بغیره صغیره أو کبیره أمه أو حره موطوءه بشبهه أو زنا مطاوعه أو مکرهه اما الزوجه دواما أو متعه أمه أو حره امسکها أو طلقها فان افضاها بالوطی بغیر تفریط وجبت إذا کان قبل البلوغ دون ما بعده و لو وطأها مع الشک فیه وجبت للاستصحاب و ان افضاها بغیر الوطی أو بالوطی عن تفریط وجبت مطلقا قبل البلوغ و بعده و کذا المحلله- و اما- المملوکه فلا دیه لها إذا افضاها سیدها و ان اثم و هی دیه نفس کامله ففی الحره نصف

دیه الرجل و فی الأمه اقل الامرین من قیمتها و دیه الحره و تجب فی العمد و شبهه علیه فی ماله و فی الخطأ المحض کما إذا کان صغیرا أو مجنونا أو نائما علی عاقلته.

(ثانیها) المهر فانه یجب بالافضاء بالوطی مطلقا صغیره کانت أو کبیره حره أو أمه زوجه أو اجنبیه حل له وطؤها أو حرم الا إذا کانت مملوکه له أو محلله أو بغیا غیر مملوکه اما لو کانت مملوکه فالمهر لسیدها و ان کانت بغیا و یجب المسمی ان کان و الا فمهر المثل و فی الأمه مهر المثل أو عشر القیمه فی البکر و نصفه فی الثیب و لو افضاها بغیر الوطی لم یستقر به المهر فی الزوجه و لم یلزمه مهر فی الاجنبیه لإناطته بالدخول و لو کانت بکرا فهل یثبت لها ارش البکاره زائدا علی المهر وجهان أقواهما العدم لدخوله فی المهر الذی لوحظت البکار فیه.

(ثالثها) النفقه فانها تجب فی افضاء الزوجه الدائمه الحره قبل البلوغ أو بعده بالوطی أو بغیره فانه قد افسدها و عطلها علی الأزواج فان امسکها فذاک و ان طلقها و لو بائنا وجب علیه القیام بامرها حتی یفرق بینهما الموت الا إذا تزوجت فان طلقها الثانی بائنا أو رجعیا بعد تمام عدتها أو تعذر انفاقه علیها لغیبه أو فقر ففی عودها علی الأول اشکال و فی جریانه بالنسبه إلی المتمتع بها و الأمه المزوجه أو الموطوءه بالملک بشبهه أو زنا اشکال و یجری علی هذه النفقه حتی فیما بعد الطلاق حکم النفقه علی الزوجه من تقدمها علی نفقه الأقارب و ثبوتها فی الذمه عند الامتناع أو العجز و السقوط بالنشوز ما دامت فی حباله علی اشکال.

الثانی: اللعان بشرائطه

بان یقذفها بالزنا مع ادعاء المشاهده و عدم البینه أو ینفی ولدها الملحق به ظاهرا فتحرم به علیه مؤبدا و یسقط عنه حد القذف و عنها حد الزنا و ینتفی الولد عنه و بحکمه فی التحریم قذف زوجه الصماء و الخرساء خلقه أو عارضا بما یوجب اللعان لو لا الآفه و لو قذف زوجها الأخرس أو الاصم فلا تحریم.

الثالث: الطلاق تسعا للعده ینکحها بینها رجلان

بان طلقت بالشرائط ثمّ ارتجعت فی العده فوطئت ثمّ طلقت کذلک ثمّ ارتجعت فوطئت ثمّ طلقت ثالثا فنکحت

بعـد عـدتها زوجا غيره فوطئت ثمّ طلقت فتزوجها الأول بعـد العـده ثمّ طلقها كذلك حتى اسـتكملت تسـعا متواليه أو متفرقه فلا يقدح تخلل طلاق للسـنه فيما بينها فتحرم به الحره ابدا دون الأمه و ان كان الاحوط حرمتها به أيضا و أحوط منه حرمتها بالسـت القائمه فيها مقام التسع فى الحره.

(الجذوه الثانيه) فى التحريم الغير مؤبد

اشاره

و هو اما تحريم جمع أو غيره و تحريم الجمع اما بمصاهره أو استيفاء عددا أو اختلاف فى حريه و رقيه فهنا قبسات:

القبس الأول: فى تحريم الجمع بالمصاهره

اشاره

و يحرم بها كذلك ثلاثه فريق:

الأول: بنت الزوجه و ان نزلت إذا لم يكن قد دخل بالأم

و إلا حرمت مؤبدا كما سلف فلو فارق الأم بفسخ أو طلاق أو موت حلت له البنت بعد انقضاء العده فيما إذا كان الطلاق رجعيا.

الثاني: اخت الزوجه لأب أو لأم أو لهما

فانه يحرم الجمع بينهما فى النكاح دواما و متعه فلو عقد عليهما متعاقبا كان العقد للسابقه و بطل عقد الثانيه سواء دخل بالاولى أم لاـ (و يبطل كلاهما مع التقارن) (و لا يحرم بـذلك) وطى الأولى سواء دخل بالثانيه أم لا بل له وطى الأولى حتى فى عـده الثانيه فيمـا لو كان لها عـده كما إذا وطأها جهلا بكونها أختا للاولى على كراهه (و يحل العقـد) على الأخت فى عـده اختها إذا كانت بائنه لطلاق أو فسخ أو وطى شـبهه الا فى عده ى المتمتع بها لانقضاء المده أو هبتها على قول قوى (و لا يحل) فى العده الرجعيه مطلقـا بـل لو كـان الطلاـق خلعيا فتزوج الأخت فى العـده فليس للزوجه الرجوع فى البـذل (بل لها الرجوع و ليس له الرجوع بها حتى يفـارق أختهـا لان المانع من قبله فى العـده) (و الأخت الرضاعيه) كالنسبيه حتى لو وقع بعـد التزويـج فان الرضاع كما يبطل ابتـداء يبطل استـدامه (نعم يعتبر) فى النسب ان يكون عن وطى صـحيح بعقـد أو شـبهه فلو كان أختا من الزنا لم تحرم و ان كان أحوط (و كـل امرأتين) لاـ يجوز الجمع بينهمـا فى النكـاح لاـ يجوز أيضـا فى الوطى بالملك و ان جاز فى نفس الملك دفعه و متعاقبا (فالوطى) بالملك فى الأمه بمنزله العقد فى الحره

تحدث به علقه تشبه علقه الزوجيه بها تكون الأمه فراشا فلو وطى امته بالملك و لو حراما لعارض من حيض أو نفاس أو احرام أو صيام أو يمين أو ظهار أو نحو ذلك حرمت عليه اختها حرمه عرضيه لا توجب حدا و لا تمنع من لحوق الولد حتى يخرج الأولى عن ملكه و لو إلى بعض أهله بعقد لازم كالبيع أو جائز كالهبه و فى البيع بشرط الخيار اشكال أو إيقاع كالعتق و ان لم يستبرئها بل و لو كانت حاملا منه على اشكال (فيكون الإخراج) عن الملك فى الأمه قائما مقام الطلاق فى الحره و لا يكفى اعتزالها و العزم على عدم العود إليها و لا حرمتها بالعرض لحيض و نحوه (و لو حرمت) بالتزويج أو الكتابه أو الرهن أو الرضاع فاشكال (و لو) كانت الأولى محرمه بالذات لرضاع أو كفر كالمجوسيه فوطأها بشبهه أو بدونها لم تحرم الثانيه (و كذا لا يجوز) الجمع بينهما بالزوجيه فى واحده و الوطى بالملك فى الأخرى فلو ملك اخت زوجته لم يحل له وطيها ما دامت الأولى فى حباله سواء كانت حره أو أمه مدخولا بها أم لا فلو فعل لم تحرم الزوجه و لا يحد و ان أثم و عزر (و لو وطأ إحدى الأختين) لم يجز له تزوج الأخرى الا بعد إخراج الأولى عن ملكه و الوطى بالتحليل كالوطى بالملك و الاستمتاع بما دون الوطى كالوطى على اشكال (اقربه العدم)- و لو وطأ الثانيه- بعد وطى الأولى و قبل إخراجها عن الملك فان وطأها بجهاله لم تحرم عليه الأولى و اما الثانيه فهى باقيه على تحريمها حتى تموت الأولى أو تخرج عن ملكه- و ان- وطأها و هو يعلم انها محرمه عليه حرمتا عليه جميعا ثمّ لا تحل الأولى حتى تموت الأخرى أو يخرجها عن ملكه لا للرجوع إلى الأولى- و أما الثانيه- فتحل بموت الأولى أو إخراجها عن ملكه مطلقا- و هو مقصور- على الموطوءتين بالملك أو التحليل- فلا يتعدى- إلى الموطوءه بالعقد إذا وطأ اختها آثما بالملك أو العكس- و لا إلى الموطوءه- بالملك أو العقد إذا وطأ اختها زانيا بغير سبب مستحق و ان كان اشد حرمه- و لا إلى اللمس- أو النظر بشهوه فى إحداهما أو فيهما دفعه أو على التعاقب الا إذا قيل بقيامه مقام الوطى فى جميع ما يترتب عليه من التحريم- نعم- لا فرق بين الوطى فى

القبل أو الدبر- و يجوز الجمع- بين الفاطميتين على كراهه سواء كان الزوج فاطميا أم لا.

الثالث: بنت اخت الزوجه و بنت اخيها و ان نزلتا

اشاره

فلا يجوز نكاحهما الا برضا الزوجه فان اذنت صح و الا فلا من دون فرق فى الزوجه و الداخله عليها بين ان يكونا حرتين أو امتين أو مختلفتين عالمتين أو جاهلتين أو مختلفتين دائميتين أو منقطعتين أو مختلفتين مسلمتين أو كافرتين أو مختلفتين طالت المده فى المنقطعه أو قصرت اطلعت الزوجه على ذلك بعد وقوعه أو لم تطلع على اشكال فى بعض الصور- و اقتران العقدين- حكمه حكم سبق عقد العمه و الخاله نعم لو سبق عقد بنت الأخ أو الأخت جاز ادخال العمه و الخاله عليهما و ان لم يأذنا و ليس لهما فسخ عقد انفسهما و لا عقد الداخله كما ليس للداخله فسخ عقد نفسها و لا عقد المدخول عليها سواء علمت بكون المدخول عليها بنت أخ أو اخت أم لا.

فروع:

الأول: الإجازه اللاحقه كالاذن السابق

و يكفى فيهما الرضا الباطنى و ان لم يظهر بقول أو فعل.

الثانى: لا رجوع فى الإجازه و لا فى الإذن إذا وقع الرجوع بعد العقد

و يصح قبله لكن لو لم يبلغه الرجوع فتزوج فهل يصح العقد أو يبطل وجهان اقربهما الثانى (و الأول لا يخلو من قوه) (و لو اذنت أو اجازت) على ان يدفع إليها مالا أو شبهه فلم يدفع فان كان على نحو التقييد بطل و الا فلا.

الثالث: اعتبار الإذن هنا حكم لاحق

فلا يسقط بالاسقاط نعم لو اشترط على العمه أو الخاله فى ضمن عقد تزويجهما أو عقد آخران له العقد على ابنه الأخ أو الأخت على نحو شرط النتيجه صح و لا يعتبر بعد ذلك استيذانهما اما لو شرطه على نحو شرط الفعل بان يأذنا له فيه فلم يأذنا عصيانا فهل له ذلك أم لا وجهان (أوجههما

ان له ذلک) و لا يتحقق هنا الجبر على العمل بالشرط لان المقصود منه الرضا و متى تحقق الجبر فلا رضا.

الرابع: إذا تزوج إحدى البنتين على العمه أو الخاله من دون اذنهما

كان الخيار لهما فى عقد الداخله بين الإجازه و الرد لا فى عقد انفسهما فليس لها فسخه و إذا ماتت قبل الإجازه لم يكف العقد السابق بل لا بد منن تجديده.

الخامس: يجرى الحكم على بنت الأخ أو الأخت من الرضاع

كما يجرى فى النسب حتى لو حصل لها ذلک بعد التزويج بها بطل فان الرضاع كما يبطل ابتداء يبطل استدامه و كذا إذا جمع بينهما فى حال الكفر ثمّ اسلم على اشكال.

السادس: إذا طلق العمه أو الخاله رجعيا

لم يجز له تزويج إحدى البنتين الا بعد انقضاء العده و لو كان بائنا و لو لكونه خلعيا جاز من حينه و لو رجعت فى البذل بعد التزويج باحدى البنتين جاز و كان رضا به فلا يبطل و ان رجع بها على اشكال.

السابع: الحكم مقصور على التزويج دون الوطى بالملک أو التحليل

فيجوز وطى العمه و بنت اخيها أو الخاله و بنت اختها إذا كانتا مملوكتين له أو محللتين و يجوز تجويز بنت الأخ أو الأخت الحرتين على العمه أو الخاله المملوكتين أو المحللتين كما يجوز العكس.

الثامن: إذا جمع بين العمه و الخاله و إحدى البنتين و شک فى الصحه و الفساد

بنى على الصحه سواء كان للشک فى السبق و الاقتران أو فى تعيين السابق أو فى الإذن من العمه أو الخاله الا إذا كان النزاع معهما و انكراه فالقول قولهما بيمينها ادعاه الزوج أو إحدى البنتين على الأقوى.

القبس الثاني: فى استيفاء العدد

(يحرم فى الدائم) جمع أزيد من أربعه على الحر و العبد فى الحرائر و الاماء ابتداء و استدامه فان رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلَّم قال لغيلان بن سلمه لما اسلم عن عشر امسک أربعا و فارق سائرهن و أمر قيس بن الحرث عند نزول الآيه و كان تحته ثمان

ان يطلق أربعا و يمسك أربعا قال فجعلت أقول للمرأه التى لم تلد

يا فلانه ادبرى و التى قد ولدت يا فلانه اقبلى و إذا طلق واحده من الأربع- فان- كان بائنا فقد برئت عصمتها و جاز له العقد على غيرها من حين الطلاق سواء كان لها عده أو لا كغير المدخول بها على كراهه فى المعتده و كذا لو ماتت أو بانت بفسخ و نحوه- و ان كان- رجعيا لم يجز حتى تنقضى عدتها- ثمّ- ليس للحر فى الدائم أن يجمع من الاماء أزيد من امتين كن معهما حرائر أم لا- و لا- للعبد- أن يجمع من الحرائر أزيد من حرتين بل ليس له الزياده على ذلك حتى من الاماء بل ليس له الزياده على الحره الا امتين فللحر جمع أربع حرائر أو حرتين و امتين أو ثلاث حرائر و أمه (لا ثلاث اماء و حره) فضلا عن أربع اماء و للعبد جمع أربع اماء أو حرتين أو حره و امتين لا ثلاث حرائر فضلا عن الأربع و لا حره و ثلاث اماء فضلا عن حرتين و امتين- و المبعض- كالحر بالنسبه إلى الاماء فلا يتجاوز امتين و كالعبد بالنسبه إلى الحرائر فلا يتجاوز حرتين و كذا المبعضه أمه بالنسبه إلى الحر و حره بالنسبه إلى العبد (و اما المتعه و ملك اليمين) و منه التحليل فلكل من الحر و العبد ان ينكح فى كل منهما ما شاء حتى لو أراد أن ينكح الفا جاز مستقلات أو منظمات إلى الأربع الدائمات.

القبس الثالث: فى الاختلاف فى الحريه و الرقيه

اشاره

لا ريب فى جواز التسرى و الوطى بملك اليمين أو التحليل من دون كراهه و لا منع قدر على الحره أو لم يقدر خشى العنت أو لم يخش كما لا ريب فى جواز العقد على الأمه دائما و متعه لمن عدم الطول و خشى العنت- و اما- مع عدم ذلك فمنهم من حرمه مطلقا و منهم حلله مطلقا و منهم حرم الدوام دون المتعه- و الأقوى- الحليه مطلقا على كراهه هى فى الدوام اشد منها فى المتعه و فى الأمه القن اشد منها فى المبعضه (نعم لا يجوز نكاح) الأمه على الحره الا باذنها فلو فعل بدون الإذن كان لها الخيره بين اجازته و فسخه فان اجازته جاز و الا بطل و ليس لها فسخ عقد نفسها- و لو انعكس- الفرض فادخل الحره على الأمه جاز ثمّ ان كانت الحره عالمه بان عنده أمه لزم و ليس لها الفسخ لا فى

عقدها و لا فی عقد الأمه (و ان كانت جاهله فعلمت) كان لها فسخ عقد نفسها دون عقد الأمه و لا يجب عليه الاعلام فلو اخفى عليها ذلك ابدا صح عقدها و لا اثم (و حكم اقتران العقد على الأمه و الحره) حكم سبقه على الحره فيصح بالنسبه إلى الحره و يلزم فلا تتسلط على فسخه و يقف بالنسبه إلى الأمه على اجازتها إذا لم تأذن فيه سابقا و إلا لزم- و المسأله نظير- مسأله الجمع بين العمه و بنت اخيها و الخاله و بنت اختها فيجرى فيها ما جرى فی تلك من الفروع و ان اختلفا فی بعض الأحكام.

فروع:

الأول: لو كانت الحره غائبه

لم يسقط اعتبار اذنها اما لو كانت صغيره أو مجنونه سقط و لا يعتبر اذن الولى فلو بلغت أو زال جنونها بعد العقد فهل لها فسخه أو فسخ عقد نفسها أو ليس لها شی ء من ذلك وجوه اقربها الأخير- اعتبار اذنها بعد البلوغ غير بعيد- و يجرى ذلك فی الخاله و العمه أيضا.

الثانی: هل يختص الحكم بالدوام من الطرفين

فلو كان متعه فيهما أو فی أحدهما لم يجز و بالامه القن فلو كانت مبعضه لم يجر وجهان أقواهما العموم.

الثالث: لو طلق الحره بائنا لم يعتبر اذنها فی تزويج الأمه

و لو قبل انقضاء العده قطعا اما لو كان رجعيا فهل يعتبر اذنها قبل انقضاء العده أم لا اشكال اقربه الاعتبار- تنبيه- قد علم حكم الاقتران فی العمه و بنت اخيها و الخاله و بنت اختها و الحره و الأمه (و أما فی الموارد) الأخر مما يحرم فيها الجمع كالبنت و امها و الأخت و اختها و الزائد على الأربع إذا جمعهما فی عقد واحد أو متعدد مع التقارن- فالمشهور- على البطلان فيها اجمع لحرمه الجمع و لا مرجح (و أفتى الشيخ و اتبعه) بالتخيير فإذا تزوج البنت و امها و الأخت و اختها فی عقد واحد فهو بالخيار يمسك ايتهما شاء و يخلى سبيل الأخرى و إذا تزوج خمسا أو اكثر فی عقده يخلى سبيل ايتهن شاء و يمسك الأربع و كذا ذو الثلاث إذا عقد على اثنتين يمسك واحده و يخلى سبيل الأخرى (و هذا هو الأقوى) (قد عرفت فيما سبق ان الأقوى هو البطلان للتمانع) فيكون التخيير

هنا نظیر التخییر فیمن اسلم علی أزید من النصاب سوی ان هذا فی الابتداء و ذاک فی الاستدامه- تذییل- إذا تزوج الأختین أو شبههما متعاقبا و اشتبه السابق فان علم تاریخ أحدهما صح دون المجهول و ان جهل اجتنبهما و انفق علیهما الا ان یطلقهما أو یطلق الزوجه الواقعیه منهما و یجدد العقد علی من شاء منهما بعد انقضاء عده الأخری ان دخل بها و هل یجبر علی الطلاق أو یفسخ الحاکم أو یفسخان أو یقرع وجوه (ثمّ ان کان الطلاق قبل الدخول) فهل یجب لکل منهما نصف المهر أو یجب نصف واحد- و علی الثانی- فهل تخرج مستحقته بالقرعه أو ینصف و- علی الثانی- فان تساوی المهران فلا اشکال اما إذا اختلفا فهل یقرع أو یعطی ربع مجموع المهرین- و علی الثانی- فهل یوزع المجموع علیهما أو تعطی کل واحده ربع مهرها وجوه (التوزیع علی النسبه بقاعده العدل غیر بعید) (و لو طلق) بعد الدخول فالمهران مع جهلهما و لو اوجبنا مهر المثل فی النکاح الفاسد مع الوطی بالشبهه فان تساوی مع المسمی فلا اشکال و الا فالقرعه.

القبس الرابع: فی التحریم الذی لیس بمؤبد و لا تحریم جمع

اشاره

و سببه أمران:

أحدهما: استیفاء عدد الطلاق

فإذا استکملت الحره ثلاث طلقات بأی أنواع الطلاق یتخللها رجعتان و لو بعقد جدید حرمت علی المطلق دواما و متعه حتی تنکح زوجا غیره دواما و تذوق عسیلته و یذوق عسیلتها و لو کانت تحت عبد (و إذا استکملت الأمه) طلقتین حرمت علیه و لو بملک الیمین أو التحلیل حتی تنکح زوجا غیره کذلک و ان کانت تحت حر و کما یهدم الزوج الآخر الثلاث یهدم ما دونها فإذا تخلل بین الطلقات هدم ما تقدمه فإذا عادت لزوجها بعده کانت عنده علی الثلاث کحالها السابق.

ثانیهما: الکفر

اشاره

و هو ابتدائی و ارتداد (فاما الابتدائی فانه فی الزوج محرم مطلقا فلا یحل للمسلمه نکاح الکافر کتابیا أو غیره دواما أو متعه ابتداء أو استدامه لقوله تعالی فی الابتداء [وَ لٰا تُنْکِحُوا الْمُشْرِکِینَ حَتّٰی یُؤْمِنُوا وَ لَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَیْرٌ مِنْ مُشْرِکٍ وَ لَوْ أَعْجَبَکُمْ]

و فى الاستدامه- فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم و لا هم يحلون لهن- فإذا اسلمت زوجته دونه- فان كان قبل الدخول- انقطعت عصمتها منه فى الحال و لا عده و لا مهر و ان ورد عن أمير المؤمنين عليه السلام انه قضى لها بنصف الصداق و قال لم يزدها الإسلام الا عزا لكن لم يوجد عامل به- و ان كان بعد الدخول- و قف على العده فان أسلم فيها فهى زوجته من دون حاجه إلى رجوع و الا انفسخ العقد و استقر المهر و إذا اسلما دفعه فلا فسخ سواء كان قبل الدخول أو بعده- و اما الزوجه- فكذلك إذا كانت مشركه غير كتابيه قولا واحدا فى الدوام و المتعه و ملك اليمين فى الابتداء و الاستدامه لقوله تعالى فى الابتداء [وَ لا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكاتِ حَتّى يُؤْمِنَّ وَ لَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَ لَوْ أَعْجَبَتْكُمْ] و فى الاستدامه [وَ لا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوافِرِ] فإذا أسلم زوج غير الكتابيه دونها- فان- كان قبل الدخول انقطعت العصمه فى الحال و لا عده (اما المهر) فهل يثبت اجمع أو يسقط اجمع أو يتنصف وجوه و المشهور على التنصيف و القاعده تقضى بالسقوط كلا لان اختلاف الدين فسخ لا طلاق و اذا كان بعد الدخول و قف على العده فان سلمت فيها فهى زوجته و الا بانت منه و استقر المهر (و أما الكتابيه) اعنى اليهوديه أو النصرانيه فيحل نكاحها استدامه إجماعا فإذا اسلم زوجها دونها فهى على نكاحه قبل الدخول و بعده دائما و منقطعا سواء كان كتابيا أو غيره- و اما فى الابتداء- فمنهم من حرمه مطلقا و منهم من حلله مطلقا و منهم فصل بين الدوام فلا يحل و المتعه و ملك اليمين فيحل و الأقوى لجواز مطلقا- و لكن الاحتياط بتركه دواما لا يترك- لقوله عز من قائل فى سوره المائده التى هى آخر القرآن نزولا و قد نسخت ما قبلها و لم ينسخها شى ء [الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّباتُ وَ طَعامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتابَ حِلٌّ لَكُمْ وَ طَعامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَ الْمُحْصَناتُ مِنَ الْمُؤْمِناتِ وَ الْمُحْصَناتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتابَ مِنْ قَبْلِكُمْ]- الحليه فى

الجمله مسلمه و لكنها لا تدل على الحليه الخاصه اعنى حليتها دواما- نعم قد نهى عنه فى السنه نهى تنزيه لا تحريم هو فى الدوام اشد منه فى المتعه و فيمن يستطيع نكاح المسلمه أو تكون عنده اشد من غيره بل لا يترك الاحتياط بتركه دواما على المسلمه الا برضاها بل فى الأخبار ما يدل على ثبوت الخيار للمسلمه لو نكحت على الكتابيه و هى غير عالمه بل فيها ما يدل على اجراء حكم الأمه عليها حتى فى عدم جواز الجميع بين الثلاث و الاحتياط طريق السلامه- و لو تزوجها- فليمنعها من شرب الخمر و اكل لحم الخنزير و له الزامها بإزاله ما يمنع من الاستمتاع أو ينقصه كالنتن و شعر العانه و طول الاظفار و نحوها و منعها من الخروج إلى الكنائس و البيع و استعمال النجاسات و ليس له اجبارها على الغسل من الحيض أو غيره- أما المجوسيه- فهل هى كالكتابيه أو كغيرها قولان و الأقوى التفصيل- فى التفصيل نظر واضح- بين الدوام فلا يحل و لو استدامه و المتعه فتحل و لو ابتداء فضلا عن الوطى بالملك (و أما الارتداد) فان كان قبل الدخول انقطعت العصمه فى الحال سواء كان من الزوج أو الزوجه أو منهما معا دفعه فطريا كان أم مليا (ثمّ ان كان) منها فلا مهر لان الفسخ جاء من قبلها و كل فسخ جاء من قبلها قبل الدخول فلا مهر فيه لا- يستثنى منه الا ما لو فسخت قبله بعنته فان لها نصف المهر- أما- إذا كان الارتداد منه فان عليه نصف لمهر فان كان مسمى صحيح فنصفه و إلا فنصف المثل (و إذا كان الارتداد) بعد الدخول استقر المهر (ثمّ ان كان) من الزوجه عن فطره أو مله أو من الزوج عن مله وقف النكاح على انقضاء العده التى هى كعده الطلاق فان رجع المرتد قبل انقضائها ثبت و الا انفسخ (و إذا كان من الزوج) عن فطره بانت فى الحال و اعتدت عده الوفاه

و هنا مسائل:

المسأله ۱: إذا اسلم الكافر على نكاح أقر عليه إذا كان صحيحا عندهم و إن كان فاسدا عندنا

فان لكل قوم نكاحا و لا يجب الفحص عن كيفيه وقوعه فان كثيرا من الكفار اسلموا على عهده صلّى الله عليه و آله و سلَّم مع ازواجهم فاقرهم على نكاحهم من غير استفصال

الا إذا اشتمل على ما يبطله استدامه كنكاح إحدى المحرمات عينا أو جمعا فيجرى عليه حكم الإسلام فان الاستدامه كالابتداء بعد الإسلام فلو اسلم الكافر كتابيا أو غيره على اكثر من أربع فاسلمن أو كن كتابيات تخير أربعا من دون تجديد عقد بشرط جواز نكاحهن فى شريعه الإسلام و فارق الباقى من دون طلاق ان كان حرا و هن حرائر و الا اختار العدد المعين للحر و العبد من دون فرق بين من ترتب عقدهن و اقترن و لا بين اختيار الاوائل فى العقد أو الاواخر و لا بين من دخل بهن و غيرهن و لو اسلم معه أربع و بقى ربع كتابيات بقى التخيير.

المسأله ۲: الفرق المنتحله للإسلام إذا كانوا محكوما بكفرهم كالنواصب و الخوارج و الغلاه يجرى عليهم حكم الكفار

فلا يجوز تزويجهم و لا التزويج منهم قطعا و أما من عداهم ممن لم يحكم بكفره كالمخالفين فيجوز التزويج منهم إجماعا و أما تزويجهم ففيه قولان أقواهما الجواز على كراهه (و لكن الاحتياط فيه لا يترك الا لضروره أو لمظنه غلبتها عليه دون العكس) فان العارفه لا توضع الا عند العارف و المرأه تاخذ من دين زوجها و الا فهم اليوم أهل هدنه ترد ضالتهم و تؤدى امانتهم و تحقن دماءهم و تجوز مناكحتهم و موارثتهم و تتكافأ دماءهم و فروجهم إلى ان تظهر كلمه الحق فلا تتكافأ الدماء و لا الفروج فلا يقتل المؤمن بالالف منهم نسأل الله تعجيل الفرج لمن يملؤها قسطا و عدلا صلوات الله و سلامه عليه و على آبائه الطاهرين- و يجرى الحكم- كذلك على غير الإماميه من فرق الشيعه كالزيديه بل و غير الاثنى عشريه من الإماميه كالاسماعيليه فالمدار فى النكاح على الإسلام بالمعنى العام فجميع فرقه التى لم يحكم بكفرها تشترك فى التناكح و التوارث و غيرهما من الأحكام و الحدود.

المسأله ۳: الكفاءه قسمان شرعيه و عرفيه

فالكفاءه الشرعيه هى الكفاءه فى الدين حسب و العرفيه هى الكفاءه فى الحسب و النسب و الشرف و الغنى و العظمه و نحوها و الكفاءه التى هى شرط فى صحه النكاح هى الكفاءه الشرعيه فلا يصح تزويج المسلمه

بالكافر حتى مع علمها و رضاها و لا تزويج المسلم بالكافره كذلك و (و اما الكفاءه العرفيه) فليست شرطا فى صحته فيصح مع العلم و الرضا تزويج الحره بالعبد و الهاشميه بغير الهاشمى و العربيه بالعجمى و أرباب الصنائع بذوات الشرف من ذوى البيوت و تزويج فاقد اليسار و ان لم يكن قادرا على الإنفاق (كل ذلك لسحق الانانيه و تقويه الاخوه الإسلاميه و ان الشرف بالتقوى لا بالمال و سائر الأحوال) نعم ربما تكون الكفاءه العرفيه شرطا فى صحه تزويج الولى للصغير أو الصغيره أو الوكيل المطلق على التزويج أو شرطا فى لزوم العقد فيوجب تخلفها الخيار لو تزوجت به أو تزوج بها مع الجهل بالحال على تفصيل يذكر فى محله.

المسأله ۴: أفتى الاصحاب بأنه لو خطب المؤمن القادر على الإنفاق وجبت اجابته

و ان كان اخفض نسبا و لو امتنع الولى كان عاصيا و قيده بعض بما إذا لم يكن ممن يكره مناكحته كالفاسق خصوصا شارب الخمر و الزانى و بما إذا لم يكن فيه شى ء من المسلطات على الفسخ و لم تأب المولى عليها و قيده ثالث بعدم قصد العدول إلى الأعلى مع وجوده بالفعل أو القوه و بما إذا لم يكن هناك طالب آخر مكافئ و إن كان ادون منه و إلا جاز العدول و كان وجوب الإجابه تخييريا و استشكل آخر فى اصل الحكم فلم يوجب ذلك عليها و لا على الولى مطلقا و هذا هو الأقوى نعم قد تجب على الولى الإجابه إذا قضت المصلحه بها أو رضيت المخطوبه به و كان الرد مستلزما لعضلها كما انه لا ينبغى استعمال ما كان مستعملا فى الجاهليه من الآنفه و ملاحظه الجاه و المال فان المسلم كفؤ المسلمه و المؤمن كفؤ المؤمنه و المؤمنون اكفاء بعض و قد قال سبحانه و تعالى " إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ".

المسأله ۵: قد سبق انه لا تجوز الخطبه لذات الزوج لا تصريحا و لا تلويحا

و لو معلقه على فراق زوجها و لا للمعتده رجعياً و لو معلقه على انقضائها و كل من حرمت عليه المرأه مؤبداً تحرم عليه الخطبه لنفسه تصريحا و تلويحا و اما المعتده بائناً فاما بالنسبه إلى غير الزوج فيحرم التصريح و يجوز التلويح (و اما بالنسبه إلى الزوج) فان

كـانت تحل له من دون محلل جاز التصـريح و التلويـح و ان احتاجت إلى محلل جاز التلويـح دون التصـريح و كل موضع يجوز التعريض أو التصـريح من الرجل يجوز من المرأه و متى حرم منه حرم منها و الإجابه تابعه للخطبه حلا و حرمه و لو فعل الممنوع منه تصريحا أو تلويحا لم تحرم بذلك فيجوز له تزويجها بعد انقضاء عدتها و لو خطبت فاجابت حرم على غيره خطبتها على قول و الأقوى الجواز على كراهه و لو خالف و عقد صح على القولين.

المسأله ۶: يكره تزويج الفاسق و تتأكد فى شارب الخمر

(لو قيل بالحرمه لم يكن بعيـداً و لا سيما فى المـدمن) و الزانى و يكره العقـد على القابله المربيه و بنتها و على ضـره أمه من غير أبيه قبل أبيه لا بعده و على بنت زوجه أبيه من غير أبيه بعد ابه لا قبله.

المسأله ۷: نكاح الشغار باطل إجماعا

و إنما الخلاف فى موضوعه و يتصور هنا صور.

أحدها: ان تتزوج امرأتان برجلين على ان يكون مهر كل واحده نكاح الأخرى و هذه هى القدر المتيقن من الشغار نصا و اجماعاً فيبطل فيها العقدان.

ثانيها: ان يكون مهر إحـداهما نكاح الأخرى و اما الأخرى فممهوره أو مفوضه فتصـح الأخرى و ان جعل نكاحها صـداقا و تبطل الأولى التى جعل صداقها نكاحا على الأقوى.

ثالثها: ان يكون نكاح الأخرى جزء المهر فى الجانبين أو أحـدهما كما إذا تزوجتا على ان يكون مهر كل منهما أو إحداهما الف و بضع الأخرى.

رابعها: ان يكون المهر نفس المال و النكاح شرط فيه فيهما أو فى إحداهما.

خامسها: ان يكون المهر نفس النكاح و المال شرط فيه فيهما أو فى إحداهما و فى تحقق الشغار فى هذه الصور الثلاث اشكال و الاحوط الاجتناب و لو صححناها بطل المسمى و ثبت مهر المثل.

سادسـها: ان يكون نكاح الأخرى شـرطاً فى العقد من دون مدخليه له فى المهر لا اسـتقلالا و لا جزءً و لا شـرطاً كما إذا تزوجت إحـداهما برجل تفويضاً أو بمهر معلوم بشـرط نكاح الأخرى من آخر كـذلك و هـذه يصـح فيها العقد و الشـرط ثمّ ان تزوجت الثانيه حسبما شرط لزم العقدان و الا تسلطت الأولى على الفسخ.

سابعهـا: ان يكون نكـاح كل تفويضا أو بمهر معلوم داعياً إلى نكاح الأخرى كـذلك من دون اخـذه شـرطا لا فى العقـد و لا فى المهر و هذه لا ريب فى صحتها إجماعا و لو تخلف الداعى فلا خيار.

(و اما المقاصد)

اشاره

ففيها مصابيح:

المصباح الأول فيما يشترک به النكاح الدائم و المنقطع

اشاره

و هى العقد و العاقد و المعقود له و اولياء العقد و المهر.

(فاما العقد)

فقد اجمع علماء السـلام على انه لا نكاح (ان كان المراد بالنكاح الوطى بطلت الحصـر و ان كان المراد به العقد بطل الاسـتثناء و لو قيـد بـالحره لاـرتفع الإشـكال أى لاـ يسـتباح وطئ الحره) الا بعقـد سواء كان دواما أو متعه فلا يباح بالاباحه و لا بالتراضـى و بـذلك امتاز النكاح عن السـفاح الـذى يتحقق فيه التراضـى غالبا (و لا عقد هنا) الا بلفظ فلا يكفى الفعل لا فى الإيجاب و لا فى القبول و لاـ الكتابه و لا الإشاره الا الأخرس فيشـير بما يـدل على القصـد و ان قـدر على التوكيل- و لا لفظ هنا- للقادر و لو على التوكيـل الاـ بـالعربيه الصـحيحه مـاده و هيئه حتى فيما لا يتغير به المعنى على الاحوط و تجزى الترجمه مع العجز (و عـدم وجود القـادر على العربيه الصـحيحه) و لو عجز أحـدهما دون الآـخر عقـد كـل بلغته و الصـريح فى الإيجـاب دوامـا و متعه زوجتك و انكحتـك و فى القبول قبلت أو رضـيت النكـاح أو التزويـج و لو اقتصـر على قبلت أو رضـيت صـح و كـذا لو تغايرا كما إذا قال الموجب زوجتـك فيقول قبلت النكاح (و لا بـد من قصـد الإنشاء) فيهما فلو قصـد لاخبار لم ينعقـد و يكفى متعتک فى المنقطع قطعا و فى الـدائم خلاف و الجواز اقوى- و فى الجمله الاسـميه- و المضارع و الأمر خلاف و حديث سـهل الساعدى و خبرا بان يقضيان بالجواز (و لكن الاحتياط

بالاقتصار على صيغه الماضى لا يترك)- و فى قيام نعم- مقام الإيجاب خلاف و الأخبار الوارده فى المتعه الداله على ان المرأه إذا قالت نعم عقيب قول الزوج لها تزوجتك متعه بكذا إلى كذا فهى امرأته تدل على الجواز- و كما يصح الإيجاب- من المرأه و القبول من الرجل كما هو المتعارف يصح العكس فان كلا منهما يصح ان ينشأ زوجيته لصاحبه ابتداء فيعقبه صاحبه بالقبول فلو قال الزوج تزوجتك فقالت المرأه قبلت أو رضيت صح و لا يكون من تقديم القبول على الإيجاب و لو تقدم القبول بلفظ قبلت أو رضيت منه أو منها على الإيجاب بطل- و لا ينعقد- بلفظ الهبه و التمليك و الاباحه أو الإجاره و نحوها- و يعتبر- فيه التنجيز فلو علقه على شرط أو مجى ء زمان بطل و لا يقدح التعليق الصورى كما لو قال ان كان هذا اليوم الجمعه فقد زوجتك- و المطابقه بين الإيجاب و القبول- فلو قصد القابل بانشائه غير ما قصده الموجب بطل (و الموالاه بينهما) فلو طال الفصل بحيث يمنع من تحقق التخاطر العقدى لم يصح.

(و أما العاقد)

فى النكاح و غيره موجبا أو قابلا لنفسه أو لغيره فلا بد فيه من البلوغ و العقل و القصد و فى النكاح لا بد من عدم الاحرام أيضا فلا عقد لصبى أو صبيه و ان بلغا عشراً أو كانا مميزين اذن الولى أم لا أجاز أم لا على المشهور لكن ان لم يكن إجماع كان لصحه عقد المميز عن غيره وكاله أو فضولا مطلقا و عن نفسه باذن الولى أو اجازته وجه ليس بالبعيد و لا لمجنون مطبق أو ادوارى فى دوره و لا نائم أو غافل أو هازل أو سكران أجاز بعد الافاقه أم لا نعم فى صحيحه بن يزيع جواز تزويج السكرى نفسها إذا رضيت بعد الافاقه و اقامت مع زوجها و عمل بها بعض و حملها آخرون على سكر يتحقق معه القصد و ان لم يعرف فيه المصلحه و المفسده فيما يفعله و لذلك توقف على الرضا بعد الافاقه و هو جيد فيكون نظير عقد المكره إذا لحقه الرضا (و لا يصح عقد النكاح) من محرم ايجابا و قبولا مباشره و توكيلا لنفسه و لغيره نصا و إجماعا كما مر- و لا- يعتبر فى العاقد من حيث اجرائه لصيغه العقد رشداً أو اختياراً أو حريه أو ذكوريه أو غيرها- فيصح عقد السفيه- لنفسه باذن الولى أو

اجـازته و لغيره و كـاله أو فضولاـ مطلقا- و الإكراه- على اجراء صـيغه العقـد إذا لم يسـلب القصـد غير قادح فلو اكره على إيقاع العقد لغيره صح إذا كان ذلك الغير راضـيا و ان حرم الإكراه و كذا لو اكره على إيقاعه له إذا كان راضيا بمضمونه لكن لا يريد مباشـرته بنفسه على اشـكال الاـ إذا لحق الرضا فيصـح حتى لو كان مكرها على مضـمونه على الأقوى (و يصـح عقـد المملوك) لنفسه إذا اذن المولى أو أجـاز و لو وكله غيره فيه أو عقـد له فضولا فاجاز صـح مطلقا اذن المولى أم لا أجاز أم لا نافى شـيئا من حقوقه أم لا و ان اثم مع المنافاه و اسـتحق المولى أجره المثل على المعقود له ان كان لذلك المقدار من الانتفاع أجره فى العاده و كان استيفائه بتسبيبه (و تتولى المرأه) العقـد لنفسـها و لغيرها ايجابا و قبولا و لو وكاله عمن يريـد تزويجها- تنبيه- للموجب ان يرجع عن ايجـابه قبل تمام القبول فلو رجع لغى فان تجـدد له فيه رأى جـدده و كـذا الوجن أو اغمى عليه فان الإيجاب قبل تمام القبـول كالعقـد الجـائز بعـد تمـامه يجوز نقضه اختيـارا و ينتقض قهرا بـالجنون و الإغمـاء و نحوهمـا و لاـ يؤثر فى الاسـتدامه الا باسـتدامته لا بحـدوثه نعم لا ينتقض بالنوم أو الغفله و نحوهما مما لا تنتقص به العقود الجائزه (اعتبار بقائه على الشـرائط المعتبره فى حـدوثه إلى لحوق القبول به غير بعيـد)- و لو كـان- مالكـا فخرج المـال عن ملكه كـذلك لم يبطـل الإيجاب بل يقف على الإجازه و كـذا لو عرض له الحجر بفلس أو سـفه أو رق (و لو أوجب النكاح) محلا فاحرم لم يبطل الا إذا فاتت المولاه و الا فلو احل قبل فواتها فلحقه القبول صـح (و هل يعتبر) فى القابل ان يكون واجدا للشـرائط من حين الإيجاب إلى تمام القبول أو يكفى كونه واجـدا لهـا حـال القبول و ان كـان فاقـدا لهـا حـال الإيجـاب أو يفصل بين ما يتوقف عليه التخاطب العقـدى فالأول و ما لا يتوقف فالثانى (وجوه) خيرها اخيرها (و يتفرع) عليه ان الزوج لو كان مجنونا حال ايجاب الزوجه أو مغمى عليه أو سـكرانا فأفاق و قبـل بطل و ان لم تفت المولاه و كـذا لو كان نائما فاستيقظ بخلاف ما لو كان صـغيرا مميزا فبلغ أو محرماً فاحل أو رقاً فتحرر أو سفيهاً فرشد فقبل فلا بطلان الا إذا فاتت المولاه.

(و اما المعقود له)

فهما الزوج و الزوجه و هما فی النکاح کالعوضین فی البیع یعتبر- وجودهما حال العقد فلا یصح تزویج من سیولد له و ان کان حملا و تعینهما بالاشاره و الاسم أو الوصف الرافعین للاشتراک فلو زوجه إحدی بنتیه أو زوجها من أحد ابنیه بطل (نعم لا تعتبر المعرفه التفصیلیه) بل تکفی الاجمالیه و ان لم تتمیز بها الصفات التی تختلف بها الرغبات فالغرر فی النکاح غیر مبطل و ان ابطل فی البیع بل یکفی التعیین الواقعی و ان لم یتمیزا حال العقد فلو زوجه کبری بناته أو زوجها من اکبر أولاده صح و ان لم یتمیزا حاله إذا أمکن تمییزهما بعده اما لو لم یمکن ففی البطلان أو الصحه و التعیین بالقرعه وجهان (و لو زوجه) الکبری و سماها باسم الصغری خطأ صح علی ما قصد و لغی ما اخطأ فیه و کذا لو اختلف الاسم و الإشاره أو الوصف و الإشاره (فرع) لو کان له عده بنات فزوجه احداهن فان لم یقصد معینه بطل و ان قصد صح فان اوکل الزوج التعیین إلیه صح و ان لم یسمها فی العقد و الا بطل (و لو اختلفا) فاما ان یکون العاقد هو الأب وحده بان یکون متولیا للایجاب و القبول أو یکون هو مع وکیل الزوج أو مع نفس الزوج (فعلی الأول) فالقول قول الأب ان کان الزوج وکله و اوکل التعیین إلیه اما إذا عین و اختلفا فی المعینه فالقول قول الزوج لأصاله عدم توکیله فیما یدعیه (و علی الثانی) فقول الوکیل حجه علی الزوج دون الأب (و علی الثالث) فان اختلفا فی المسماه فی العقد تحالفا لان کل منهما مدع و منکر و ان اتفقا علی عدم التسمیه و وقع القبول من الزوج علی ما قصده الأب فوقع الاختلاف فی قصده فالقول قوله لانه اعرف بقصده (و ان لم) ینازعه فی قصده و لکنه ادعی انه قصد غیر ما قصده بان قصد الأب الکبری و الزوج الصغری بطل العقد.

(و أما الاولیاء)

اشاره

فالنظر فی أسباب الولایه و مسقطاتها و المولّی علیه و مقدار الولایه و الأحکام و اللواحق:

(اما الأسباب)

فلا- ولایه فی النکاح الا- بقرابه أو وصایه أو حکم أو ملک- و لا- ولایه بالقرابه- الا للأب أو الجد و إن علا دون غیرهما من الأقارب قربوا أو بعدوا فلا ولایه لولد و لا أم و لا أخ و لا عم و لا لأحد من اباء الأم حتی آباء أم الأب- و

لا- بالوصايه- الا- للوصى عن الأب أو الجد له مع فقد الآخر- و لا بالحكم- الا للامام أو نائبه الخاص أو العام و هو المجتهد الجامع للشرائط- و لا ولايه- على المملوك الا لمالكه حتى مع وجود جده و أبيه أو أحدهما.

(و اما المسقطات)

اشاره

فثلاث:

الأول: الرق

فلا- ولايه لمملوك و لو مبعضا على ولده حرا كان أو عبدا بل الولايه فى الحر للحاكم و فى العبد لمولاه و لا على مملوكه فان مملوك المملوك كالمملوك ولايته للمولى و لو اذن له المولى فى تزويجه كان توكيلا لا ولايه.

الثانى: الكفر

فلا- ولايه للكافر على ولده المسلم فان كان الأب و الجد معا كافرين فالولايه للحاكم و ان كان أحدهما مسلما دون الآخر فالولايه للمسلم حسب اما الولد الكافر فتثبت الولايه لأبيه و جده الكافرين الا إذا كان أحدهما مسلما فتختص به.

الثالث: النقص

بجنون أو سفه أو صغر فلا- ولايه للمجنون أو السفيه على ولده جدا كان أو ابا و لو كان أحدهما كاملا دون الآخر اختصت الولايه به و لا على مملوكه بل الولايه لوليه و كذا لو كان المالك صغيرا و إذا كان الولى محرما لم يصح له تزويج المولى عليه و ان كان محللا- مباشره و لا- توكيلا لكن لا تسقط الولايه لذلك- الاغماء و السكر- كالنوم يمنعان من صحه العقد الواقع حالهما لكن لا ترتفع الولايه بل ينتظر زوال العذر مع عدم حرج أو مشقه و إذا زال المسقط بعد تحققه عادت الولايه.

(و أما المولى عليه)

فلا ولايه فى النكاح الا على ناقص بصغر أو جنون أو سفه أو رق فلا ولايه لأحد على الكامل ذكرا أو أنثى إذا كانت الأنثى ثيبا بان ذهبت بكارتها بالوطى و لو بالزنا أو الشبهه اتفاقا نصا و فتوى أما لو كانت بكرا و ان تزوجت و وطئت دبراً أو ذهبت بكارتها بغير الوطى فقد اختلفت (فيها النصوص و الفتاوى) و الأقوى انها كالثيب امرها إليها (اعتبار اذن الولى و رضاها ان لم يكن اقوى

فلا ريب انه هو الاحوط احتياطا لا يترك) و ان استحب لها ارجاعه لابيها فانه

انظر لها و ابصر بل مع عدمه فإلى اخيها و لو تعددوا فالاكبر فانه بمنزله الأب ما لم يترجح عليه الأصغر بعقل أو رشد هذا إذا لم يعضلها الولى و تيسر استيذانه (و اما إذا تعذر أو تعسر) لغيبه متقطعه و نحوها أو عضلها فالامر إليها وحدها إجماعا و ليس من العضل المنع من التزويج بغير الكفو شرعا بل و عرفا بل يجوز المنع عنه إذا كان مستلزما لنقص فى العرض يدخل به على أقاربها العار حتى على المختار من ان امرها إليها و ان كان لو خالفت و عقدت صح و المنع عن المتعه ليس عضلا بخلاف الدائم و يتحقق العضل بمجرد المنع عن الكفر مع رغبتها فيه و لو لطلب كفو أعلى بل و لو لعدم بذل مهر المثل (و تثبت الولايه) لكل من الأب و الجد و الوصى و الحاكم على كل من الصغير و المجنون و السفيه اتصل الجنون و السفه بما بعد البلوغ أو انفصل نعم لا تثبت للوصى الا مع تنصيص الموصى عليها فى التزويج أو تعميم يشبه التنصيص و الا فالوصيه المطلقه أو القيمومه المطلقه منصرفه إلى غيره و تثبت للمالك على مملوكه سواء كان قنا أو مدبرا أو أم ولد أو مكاتبا مشروطا أو مطلقا لم يؤد شيئا اما إذا ادى و لو بعضا فلا ولايه و ان لم يجز له التزويج الا باذنه و كذا كل مملوك تحرر بعضه.

(و اما مقدار الولايه)

فلا ولايه للحاكم الا مع فقد الأبوين و وصيهما و لا ولايه للوصى الا مع فقدهما و اما هما فلكل منهما الولايه فى حال وجود الآخر و فقده فاى منهما عقد نفذ عقده و لو عقدا معاً فان تعاقبا صح السابق و بطل اللاحق و ان اقترنا قبولا صح عقد الجد دون الأب و كذا لو جهل التاريخان أو أحدهما و لو تشاحا قبل العقد فالعقد للجد فلو بادر الأب و عقد بطل و فى حكم الجد أب الجد وجد الجد و هكذا صاعدا إذا تشاح مع الأب لصدق الجد على الكل فيدخل فى المنصوص اما لو تشاح مع الجد فهل هو كذلك أم لا وجهان اقربهما الأول لان المستفاد من الأخبار ان تقديم الجد على الأب لكونه ابا فلا يزاحمه ابنه فيجرى فى كل أب و ابن (و ولايه المالك له وحده) لا يشاركه فيها غيره و الذكر و الأنثى سواء فى المالك و المملوك فامه المرأه تزوجها سيدتها و يحل نكاحها بدون اذنها سواء المتعه و الدائم (و هى ولايه سلطنه و قهر) لا غبطه و حسبه فله اجبار امته أو عبده على النكاح ممن شاء و كيف شاء

و ان كانا كبيرين رشيدين و لو طلباه لم تجب الإجابه و تستحب (و اما من عدا) المالك من الاولياء فولايتهم ولايه غبطه و حسبه حتى الأبوين على الأقوى فليس لهم التزويج بدون مهر المثل و لا بالمجنون و لا الخصى و بغيرهما ممن به أحد العيوب سواء كانت مجوزه للفسخ أم لا و لا تزويج الطفل بذات العيب كذلك الا إذا قضت الغبطه به (ثمّ ان الولايه) على السفيه ليست على حد الولايه على غيره فانه بالغ عاقل فلا يجبر على النكاح فلو زوجه الولى مع عدم طلبه بطل نعم لتبذيره فى المال لم يستقل بالتزويج لاستلزامه المال من جهه المهر و النفقه و كذا السفيه.

(و اما الأحكام)

اشاره

ففيها مسائل:

المسأله ۱: تزويج الولى حيث يجوز ماض على المولى عليه

(الا إذا عقد بما يراه المصلحه و انكشف بعد البلوغ خلافها) لا يجوز له بعد الكمال رده و لا فسخه من دون فرق بين الذكر و الأنثى فلو زوج الأبوان الصغيرين لزمهما العقد فلا رد و لا خيار و لو مات أحدهما ورثه الآخر.

المسأله ۲: تزويج الولى حيث لا يجوز كتزويج الأجنبى فضولى

فان اجازه الناقص بعد الكمال جاز و الا بطل و لو كان عدم الجواز لكونه تزويجا بدون مهر المثل ففى وقوف اصل العقد على الإجازه و خصوص المهر فإن رد فمهر المثل قولان اقربهما الأول.

المسأله ۳: إذا قضت الغبطه بتزويجها من ذى العيب

بان كانت رتقاء أو قرناء لا يرغب فى مثلها الأمثله فزوجها الولى منه فلا خيار لها بعد البلوغ و ان كان ذلك العيب الذى فى الزوج من العيوب المجوزه للفسخ فان عقد الولى بمنزله عقد المولى عليه فكما لا خيار له لو عقد مع العلم فكذا لو عقد وليه مع العلم و كذا لو زوج الطفل بذات العيب كذلك و لو عقد جاهلا بالعيب انكشف بطلان العقد من اصله لعدم موافقته للمصلحه فيقف على الإجازه من دون فرق بين العيوب المجوزه للفسخ و غيرها.

المسأله ۴: إذا طلب السفیه التزویج مع الحاجه

وجب علی الولی الإذن معینا للمهر و الزوجه و غیرهما من الخصوصیات حسب ما تقتضی به الغبطه فإذا اذن تولی العقد بنفسه إن شاء أو وکل من شاء فان امتنع الولی عن الإذن أو تعذر استیذانه فله الاستقلال فان عقد فان کان بمهر المثل فما دون فذاک و إلا صح من المسمی بقدره و بطل الزائد و لو عقد بدون اذنه مع القدره علی الاستیذان فان کان صلاحا وجب علی الولی اجازته فان امتنع صح بدونها و إن کان فسادا بطل ثمّ ان کانت المرأه عالمه فلا شی ء لها و إن کانت جاهله فلها مهر المثل بالوطی.

(و أما اللواحق)

اشاره

ففی الوکاله و الفضولیه اما الوکاله فتصح فی النکاح کما فی غیره عن الزوجین أو أحدهما أو ولیهما و یقتصر الوکیل علی ما عین له و مع الإطلاق علی ما فیه الغبطه و اذا وکلته المرأه علی تزویجها انصرف إلی غیره الا مع القرینه علی التعمیم فیجوز کما لو صرحت به و یجوز حینئذ أن یتولی الإیجاب و القبول فان المغایره الاعتباریه کافیه و لتقل المرأه أو ولیها أو وکیلها لوکیل الزوج أو ولیه زوجت من موکلک أو من فلان لا منک و لیقل الوکیل قبلت لموکلی أو لفلان و لو قال قبلت و نوی الموکل صح اما لو قالت زوجت منک فقبل ناویا الموکل بطل و ان صح فی البیع و غیره (و إذا زوجها أحد) الوکیلین من شخص و زوجها الوکیل الآخر من آخر فان تعاقبا صح السابق و بطل اللاحق و ان اقترنا بطلا و کذا ان شک فی السبق و الاقتران و یحتمل القرعه فان خرجت علی السبق اقرع علی تعیین السابق و ان علم السبق و شک فی السابق فان علم تاریخ أحدهما صح و الا اقرع و کذا لو زوجت نفسها من رجل و وکیلها من آخر أو زوجه أحد الوکیلین امرأه و الآخر باخری لا تجتمع مع الأولی لکونها أُماً أو بنتاً أو اختاً أو خامسه أو تزوج هو بامرأه و زوجه وکیله أخری کذلک (و أما الفضولیه) فکل عقد صدر من غیر المعقود علیه و لا وکیله و لا ولیه کان فضولیا و الأقوی صحته فی النکاح مراعی بالاجازه من المعقود علیه ان کان کاملا و من ولیه ان لم یکن فان لحقته الإجازه صح و الا بطل (و یدخل فیه عقد الولی) علی غیر الغبطه فیقف علی إجازه المولی علیه بعد الکمال (و عقد المولی علیه) إذا لم تسلب

عبارته کالسفیه و الرق فیقف علی إجازه الولی و لا إجازه بعد الرد کما لا رد بعد الإجازه و یکفی فی إجازه البکر سکوتها و فی الثیب لا بد من النطق.

فروع:

الأول: لو اعتقد المعقود له لزوم العقد الفضولی فرضی به

لم یکف فی الإجازه اما لو علم توقفه علی الإجازه لکنه اعتقد وجوبها فاجاز فان کان علی نحو الداعی کفی و إلا فلا.

الثانی: یشترط التطابق بین الإجازه و المجاز

فلو وقع العقد علی مهر فاجازه علی غیره أو أجاز العقد دون المهر أو کان مشروطا فاجازه مطلقاً أو بالعکس لم یصح.

الثالث: لو زوج بزعم کونه ولیا أو وکیلا و لم یکن وقف علی الإجازه

و لو انعکس فزوج بعنوان الفضولیه لزعم انه لیس ولیاً و لا وکیلًا و کان صح و لزم- محل تامل و نظر-.

الرابع: یشترط فی صحه الإجازه بقاء محلها

فلو عقد له فضولا علی امرأه فتزوج بامها أو اختها أو بنتها فلیس له الإجازه و کذا لو عقد لها فضولا علی رجل فتزوجت بغیره.

الخامس: لو زوج الفضولی الصغیرین الحرین

فان اجازه الولی قبل البلوغ صح و ترتبت جمیع أحکام الزوجیه من التوارث و غیره و إلا فان بقیا إلی ان بلغا فان اجازا فکذلک و ان ردا أو رد أحدهما بطل و لا مهر و لا میراث و ان ماتا أو مات أحدهما قبل الرد أو الإجازه فکذلک و کذا ان ماتا أو مات أحدهما قبل البلوغ- اما إذا بلغ أحدهما- فاجاز فمات قبل بلوغ الآخر أو قبل اجازته عزل للآخر قسطه من المیراث فان بلغ و أجاز احلف انه لم یجز طمعا فی المیراث فان حلف ورث و الا فلا و کذا لو مات بعد الإجازه و قبل الحلف و لو انتفت التهمه کما إذا حصلت الإجازه قبل العلم بالموت أو کان المتأخر الزوج و المهر بقدر المیراث أو أزید فلا حاجه إلی الحلف و لو عرض له مانع عن الحلف کالجنون و السفه عزل له نصیبه إلی ان یحلف هذا فی الإرث- و اما- المهر فان بقیت الزوجه لم تستحقه الا بالحلف کالارث- و ان بقی- الزوج

ثبت علیه بمجرد الإجازه لانها کالاقرار فی حقه فتنفذ فیما علیه دون ماله و حینئذ فان نکل غرم و لم یرث مما عدا المهر اما هو فیرث منه مطلقا لانه ان کان صادقا فله نصیبه و ان کان کاذبا فجمیعه له فاستحقاقه له مقدار نصیبه منه ثابت علی التقدیرین بخلاف ما عداه من الترکه- و أما سائر- الآثار کتحریم المصاهرات و غیره فالظاهر ثبوتها بمجرد الإجازه مطلقا فان بقی الزوج فاجاز حرمت علیه امها دون بنتها الا مع فرض الدخول بامها و ان بقیت الزوجه فاجازت حرم علیها ابوه و ابنه اما لو ردّ فلا تحریم لا علیه و لا علی المجیز لو فرض بقاءه (و هل یثبت) التحریم علی المجیز قبل رد الآخر أو اجازته ثبوتا ظاهریاً مراعی بحصول الرد فلو کان زوجاً حرمت علیه الخامسه و الأم و البنت و الأخت و ان کانت زوجه حرم علیها التزویج بغیره أم لا وجهان (اقربهما الثانی) الا مع العلم بحصول الإجازه بعد ذلک الکاشف عن تحققها حین العقد (نعم إذا تزوج) الخامسه و نحوها أو تزوجت بغیره ثمّ حصلت الإجازه کشفت عن البطلان کما انا لو قلنا بالتحریم فخالف و فعل ثمّ حصل الرد کشف عن الصحه و لیس الا الإثم للتجری (هذا کله) فی الصغیرین إذا زوجهما الفضولی اما غیرهما کالمجنونین و الکبیرین و الکبیر و الصغیر إذا زوج کلاهما أو أحدهما فضولا ثمّ مات لزم العقد من طرفه و بقی من یحتاج إلی اجازته (فهل یجری) علیه ما ذکر فلا تثبت الزوجیه و الإرث الا بالاجازه و الیمین أو تثبت بمجرد الإجازه من دون حاجه إلی الیمین أو لا تثبت حتی بالاجازه و الیمین وجوه اوسطها وسطها بناء علی ما هو الحق من اقتضاء القاعده ترتب تلک الآثار بمجرد الإجازه و إنما قلنا بالیمین للنص فیقتصر علی مورده.

السادس: لو زوجها الاخوان برجلین

اشاره

فان کانا وکیلین فان اقترنا بطلا و ان تعاقبا صح السابق و بطل اللاحق و ان کان أحدهما وکیلا دون الآخر صح عقد الوکیل حسب تقارنا أو تعاقبا و ان کانا فضولیین تخیرت مطلقا و یستحب لها اختیار عقد الأکبر و لو زوجتها أو زوجته الأم وقف علی الإجازه فلو ادعت الوکاله عن الابن الکامل و أنکر بطل العقد و غرمت (عدم الغرامه لا یخلو من قوه) للزوجه نصف المهر علی الأقوی- و اما المهر- فلا نکاح بدونه دواما و متعه فان الهبه لا تحل الا لرسول

الله صلّى الله عليه و آله و سلّم دون غيره فالنكاح المشروع بالنسبه إلى غيره صلّى الله عليه و آله و سلّم ما كان على نحو المعاوضه لا ـ على نحو الهبه إلا ان المعاوضه فيه ليست كسائر المعاوضات و فى الدائم ليست مثلها فى المنقطع فيصح التفويض فى الدائم دون المنقطع و يتقسط فى المنقطع على المده دون الدائم و يتنصف قبل الدخول فيهما إلى غير ذلك من الأحكام التى لا تنطبق على قواعد المعاوضات و تفصيل هذه الجمله فى مسائل:

المسأله ۱: لا متعه الا بمهر مسمى

فلو أخل به بطل العقد بخلاف الدائم فيصح التفويض فيه إجماعا و هو (قسمان) تفويض البضع و تفويض المهر:

(فاما تفويض البضع) فيتحقق فى التزويج بدون تسميه للمهر سواء اهملاه كأن قالت زوجتك فقال قبلت أو نفياه صريحاً إذا تعلق النفى بالمسمى حسب (أما لو شرطا نفيه) مطلقا حتى مهر المثل بعد الدخول رجع إلى الهبه فبطل- و تتخير- المفوضه بين المطالبه بفرض المهر و البقاء على التفويض فان طالبت وجبت على الزوج الإجابه فان امتنع فلها حبس نفسها عليه و ان أجاب فان تراضيا على القدر لزم قل أو اكثر عينا أو ديناً حالا أو مؤجلا و الا رجعا إلى الحاكم فيفرض اقل الامرين من مهر المثل و مهر السنه الا إذا تراضيا بفرضه فيمضى عليهما مطلقا- و يجرى- على المفروض بعد العقد ما يجرى على المسمى فيه فتملكه الزوجه ملكا متزلزلا يستقر بالدخول و يتنصف بالطلاق أو الموت قبله و ليس لأحدهما الرجوع عنه و لها حبس نفسها على تسليمه و هكذا (أما إذا بقيت) على التفويض فان دخل بها فلها مهر المثل و ان طلقها قبل الدخول فالمتعه حره كانت أم أمه و ان مات أحدهما قبل الطلاق و الدخول فلا ـ مهر و لا ـ متعه- و المدار- فى مهر المثل على حال المرأه فى الشرف و الجمال و السن و البكاره و نحوها من الصفات التى تختلف بها الرغبات ما لم يتجاوز السنه فيرد إليها (و فى المتعه) على حال الزوج فى السعه و الاقتار (فعَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَ عَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ) و تقديرها راجع إلى الزوج فلا يعتبر فيه رضا الزوجه- و محلها- بعد الطلاق و ان جاز تقديمها بل استحب و لو لم يدفعها لعذر أو غيره ثبتت فى ذمته كسائر الديون فللزوجه (الضرب مع الغرماء) بفلس أو موت- و يختص- وجوبها بالمفارقه بالطلاق

فلو فارقها بغيره من لعان أو فسخ فلا- وجوب و ان استحبت- و بمن لم يسم لها- فى العقد مهر اما لو سمى و كان فاسدا أو فسخته بخيار لها فيه ففى اللحوق اشكال و ان كان أحوط- و اما تفويض المهر- فيتحقق فى التزويج على حكمها أو حكمه فيجوز حكمه عليها مطلقا و لا- يجوز حكمها عليه الا فيما لا يتجاوز مهر السنه و لو فوضا الحكم لأجنبى جاز و يمضى عليهما مطلقا و إذا عينه الحاكم جرى عليه ما يجرى على المسمى فى العقد من ملك الزوجه له ملكا متزلزلا يستقر بالدخول و يتنصف بالطلاق أو الموت قبله- و لا يسقط- الحكم بالطلاق سواء كان قبل الدخول أو بعده و لا بجنون المحكوم عليه أو موته و اما إذا مات من إليه الحكم فان كان بعد الدخول فمهر المثل (و إن كان) قبله فالمتعه (و لو طلقت) قبل الدخول فمات من له الحكم قبل الحكم فلا مهر و هل تستحق المتعه حينئذ- وجهان- اقربهما لاستحقاق- و لو جن- ففى قيام وليه مقامه أو الحاكم أو بطلان الحكومه فتستحق مهر المثل بالدخول أو المتعه بالطلاق قبله (وجوه) (اقربهما الأول).

المسأله ۲: المهر ما تراضى عليه الزوجان قل أو كثر

فيصح و لو بكف من برا و قنطار من ذهب نعم الأولى ان لا يتجاوز به مهر السنه و هو خمسمائه درهم قيمتها خمسون دينارا و يصح ان يكون عيناً أو دينا أو منفعه و لو بتعلم سوره من القرآن (و أما الحقوق) فما كان منها راجعاً إلى نحو ملكيه فى العين كحق التحجير أو الاختصاص فى الأراضى الخراجيه صح و الا فاشكال (لا ينبغى الإشكال فى الحقوق التى يبذل بازائها المال) و ان كانت مما يقبل الاسقاط أو الانتقال و يبذل بازائها المال كحق الخيار و الشفعه و حق الدعوى و اليمين و نحوها (و يعتبر) فيه أن يكون مالا- عرفا و شرعا فلا مهر بما ليس بمال عرفا كحبه من الحنطه و نحوها و لا بما ليس بمال شرعا كالخمر و الخنزير و نحوهما حتى لو امهرها به على انه خل فبان خمرا بطل (و يصح) المهر بهما إذا كان الزوجان كافرين ثمّ ان اسلما أو أحدهما فان قبضته حال كفرهما برأ و الا فعليه قيمته عند مستحليه سواء كان شخصيا أو كليا (و ان يكون مملوكا) للزوج فلو بان مستحقا للغير بطل (و هل يصح فى مال غيره) باذن المالك أو اجازته وجهان اقربهما

الصحه (و أن لا يلزم) من وجوده عدمه فلو امهر الحره رقبه عبده المزوج بها بطل (و تعيينه) بما يرفع معظم الجهاله فلو ابهمه كليه كالشـی ء و السهم و النصيب و نحوها بطل (و لا يعتبر فيه) إذا كان شخصيا ما يعتبر فی سائر المعاوضات من الكيل فی المكيل و الوزن فی الموزون و العـد فی المعـدود و الـذرع فی المذروع بل تكفی مشاهدته عن اعتباره كعطه من ذهب لا يعلم وزنها و قبه من طعام لا يعلم كيلها و صبره من دراهم لا يعلم عددها و قطعه من ارض لا يعلم ذرعها و هكذا كما لا يعتبر فيه إذا كان كليا ما يعتبر فی السـلم و نحوه (من اسـتقصاء الأوصـاف) و نحوها بل يكفی تعيينه قـدرا و وصـفا فی الجمله ان كان مما يعتبر بهما و الا فوصـفا خـاصه فی مثـل العبـد و نحوه بـل لو تزوجهـا علی خـادم أو بيت أو دار جاز نصاً و فتوی و لها الوسط فان تعـدد الوسـط فـالتخيير إلی الزوج (بـل فهم بعضـهم المثـاليه) من ذلـك فيجوزه فی غيرهـا كـالملحفه و الخمـار و القميص و الازار و الفرس و السوار و الشـاه و البعير و نحو ذلـك من الحلی و الحلـل و الانعـام و غيرها و ليس ببعيـد بل لو تزوجها علی كتاب الله و سـنه نبيه قاصدين مهر السنه جاز و ان لم يعلما به حال العقد و منه يعلم جواز تزويجها علی مهر امها أو اختها أو المهر الذی تزوج به فلان إذا كان مضبوطا يمكن معرفته و ان لم يكونا عالمين به حال العقد بل يستفاد من النصوص لداله علی ان الرجل كان يتزوج علی عهـد رسول الله صلّی الله عليه و آله و سـلَّم علی القبضه من الحنطه و مـا يحسن من القرآن و نحوهمـا (أو سـعيه الأمر) فی المهر بأزيـد من ذلك ثمّ ان قبضـته و لو مع الجهل بقـدره أو علماه بعـد ذلك فذاك (و ان تلف قبل القبض و العلم أو بعد القبض) و قبل العلم ثمّ طلقها قبل الدخول ارجعا فی تعيينه ليرجع ببدله أو نصـفه إلی الصلح- و لا- مهر الا للزوجه فلو سماه لابيها أو اخيها أو غيرهما بطل و لو سـمی لها مهرا و لابيها آخر صح ما سـماه لها و بطل ما سـماه لابيها و لو امهرها مهرا و شـرط ان يعطی اباها منه شـيئا بطل الشـرط (و اما لو امهرها مهراً) و شـرطت عليه ان يعطی اباها أو غيره شـيئا معينا صح فان أحق الشروط ما نكحت به الفروج و كذا لو جعل لابيها أو غيره جعلا علی

ارضائها بتزويجه ففعل لزم و لم يسقط منه شی ء بالطلاق- و متی بطل- المهر بحيث خلی العقد منه فان كان متعه بطل و ان كان دواما صح و ثبت بالدخول مهر المثل.

المسأله ۳: يملک الصداق كملا فی الدائم و المنقطع بالعقد ملكا متزلزلا يستقر بالدخول

و هو الوطی قبلا- أو دبراً دون غيره حتی الخلوه و ان اجيفت الابواب و ارخيت الستور بل لو انزل فی الفرج من دون وطی فلا استقرار- و يتنصف- فی الدائم بالطلاق قبل الدخول قطعا- و بموت- الزوج أو الزوجه أو ارتداد الزوج عن فطره قبل الدخول علی الأقوی- و فی المنقطع- بهبه تمام ما بقی من المده قبل الدخول اما لو وقعت الهبه بعد الدخول استحقته كملا و لو وهبها بعض ما بقی ثمّ اتفق انقضاؤها من غير دخول ففی استحقاقها له كملا أو التنصيف وجهان (و يحتمل التوزيع و تنصيف ما يخص القدر الموهوب) و كذا لو مات أو ماتت قبل الدخول (و الهبه هنا) بمنزله الإبراء فلا تحتاج إلی قبول و يستحب لها فی الطلاق قبل الدخول العفو عنه اجمع (و لوليها الاجباری) الذی بيده عقده النكاح و هو الأب أو الجد له العفو عن البعض دون الجميع و لها التصرف فيه اجمع قبل القبض و بعده قبل الدخول و بعده فان تنصف فان كان باقيا كما هو استعيد نصفه و ان كان تالفا أو منتقلا- عن ملكها فالمثل ان كان مثليا و القيمه ان كان قيميا و هل له قيمه النصف أو نصف قيمه الكل وجهان اقربهما الأول (و هل المدار) علی يوم الأداء أو يوم التلف أو الأقل من حين العقد إلی حين قبضها- وجوه- أقواها الأول و لو وهبته له أو ابرأته منه ثمّ طلقها

قبل الدخول رجع بنصفه و كذا لو خلعها به اجمع قبل الدخول لاستحقاقه اجمع عوضا عن الطلاق فی عرضه قضاء لحكم العوضيه و استحقاق نصفه بالطلاق قبل الدخول فی طوله قضاء لحكم العليه فيكون حين استحقاق النصف منتقلا عنها فيرجع إلی بدله فلا تنافی بين السببين ليحكم ببطلان اصل الطلاق أو كونه خلعا كما توهم و لو وهبته نصفا مشاعا من مهرها فله الباقی- و كذا لو- ابرأته أو وهبته لغيره (و لو كان) الموهوب معينا فله نصف الباقی و نصف ما وهبته مثلا أو قيمه و كذا لو تزوجها بعبدين فمات أحدهما أو باعته فللزوج نصف الباقی و نصف قيمه التالف و لو نمی بعد

العقد کان النماء لها خاصه فان کان منفصلا فذاک و ان کان متصلا فالخیره لها بین دفع نصف العین الزائده و نصف القیمه من دونها (و لو نقص بعد القبض) فان کان لاختلاف السوق فلیس له الا العین و ان کان للعیب فله العین مع الارش و لو اعتاضت عن المهر بدونه أو أزید منه أو بمغایره جنسا و وصفاً ثمّ طلقها قبل الدخول رجع بنصف المسمی لا بنصف العوض.

المسأله ۴: المهر فی المنقطع فی مقابله الوطی فی مجموع المده

فانها کالمستأجره فلو أخلت بها اجمع سقط عنه اجمع و لو أخلت ببعضها کان له ان یضع من المهر بنسبتها ان نصفا فنصف و ان ثلثا فثلث ما خلا أیام الطمث فانها لها إذ لیس له علیها الا ما حل له من فرجها- و یلحق- به علی الأقرب سائر الأعذار من مرض أو منع ظالم له أو لها فی کل المده أو بعضها فلا یسقط بها شی ء من المهر و کذا لو مات أو ماتت فی أثناء المده بعد الدخول و هل یلحق بالوطی سائر الاستمتاعات فیتقسط المهر علی ما أخلت به منها أم لا وجهان أقواهما الثانی- و لا یخلو الأول من قوه- و اما فی الدائم- فتمام المهر فی مقابله لوطی- أول مره و لیس- فی مقابله باقی الوطیات مهر- و للزوجه- الامتناع قبل الدخول حتی تقبض المهر ان کان حالا و لیس لها بعد الدخول الامتناع- و إذا زوج الأب ولده الصغیر فان شرط کون المهر علی الولد أو علیه فذاک و الا- فان کان للولد مال ففی ماله و ان لم یکن ففی مال الأب- و لو کان له- بقدر بعضه اخذ و الباقی علی الأب- و لو بلغ الصبی فطلق- قبل الدخول کان النصف المستعاد للولد لا للأب و لو امهر المدبر بطل التدبیر.

المسأله ۵: لو اختلفا فی التسمیه

حلف المنکر لها فیسقط المهر بموت أحدهما قبل الدخول و بمفارقته لها قبله بغیر طلاق کفسخ أو لهان و تثبت المتعه ان طلقها قبل الدخول و مهر المثل ان طلقها بعده و لو اختلفا فی القدر أو الصفه أو المواقعه قدم قول الزوج و فی التقدیم یقدم قولها.

المصباح الثانی فیما یختص به الدائم

اشاره

و هی الإرث و النفقه و القسم و النشوز و الشقاق و أحکام الأولاد:

(فاما الإرث)

فقد فصل فی کتابه.

(و اما النفقه)

فتجب فی الدائم دون المنقطع للزوجه و لو أمه أو کتابیه و المطلقه رجعیا ما دامت فی العده دون البائن و المتوفی عنها زوجها الا ان تکون حاملا فتثبت فی الطلاق علی الزوج خاصه دون الولـد حتی تضع حملها- و اما فی الموت- فلا تجب لا علی الزوج و لا علی الولـد علی الأقوی و لا نفقه للصـغیره حتی تبلغ و لا للناشـزه حتی تطیع و لو امتنعت بعذر شـرعی کالمرض و الحیض و فعل الواجب لم تسـقط- امـا المنـدوب- فـان منعهـا منه فاسـتمرت سـقطت و الواجب القیام بما تحتاج إلیه من طعام و ادام و کسوه و اسـکان و اخدام و ما یتوقف علیه التزیین و التنظیف علی ما هو المتعارف بالنسبه إلی امثالها کما و کیفا جنسا و وصفاً (و لا یبعد ان علیه أیضـا أجره الطبیب و الـدواء و القـابله و مصـارف النفـاس و اشـباه ذلک) و لو دخل بها فاسـتمرت تاکل معه علی العاده فلیس لها مطالبته بمـده مؤاکلته و نفقه الزوجه مقدمه علی نفقه الأقارب و تقضـی مع الفوات- و تجب- أیضا بالقرابه و الملک- فامـا القرابه- فلا نفقه بها للأبوین و ان علوا و الأولاد و ان نزلوا و تسـتحب لباقی الأقارب و یتاکـد فی الوارث منهم و یشترط فی المنفـق الیسـار بـان یفضـل مـاله عن قوته و قوت زوجته لیومه و لیلته و فی المنفق علیه الفقر و العجز عن الاکتسـاب و الحریه- و الواجب- قـدر الکفایه من الاطعام و الکسوه و المسـکن و لا یجب تزویجه و لا الإنفاق علی زوجته و یترتب الوجوب فیمن ینفق و من ینفق علیه حسب ترتیبهم فی القرب فیتقـدم الأـب علی أب الأـب و الاـبن علی ابن الابن و هکـذا و الأب و الابن فی مرتبه واحده فیما لهما و ما علیهما فمن کان له أب و ابن فان کانا مؤسرین دونه انفقا علیه بالسویه و ان کان مؤسرا دونهما انفق علیهما کذلک و البنت کالابن مطلقا و ینفق الولد علی أمه کما ینفق علی أبیه لکن لا یجب علی الأم و ابائها الإنفاق علی الولد الا

مع فقد الأب و آبائه و يجبر الممتنع عن الإنفاق و لو كان له مال بيع و انفق منه و لا تقضى نفقه الأقارب مع الفوات- و اما الملك- فلا يجب به الإنفاق الا على ماله روح كالرقيق قنا و مدبراً و أم ولد دون المكاتب فنفقته فى كسبه مطلقاً و كالبهيمه دون الزرع و الشجر الا اذا ادى تركه إلى تضييع المال (و يجبر المولى على الإنفاق) أو البيع و لو كان للمملوك كسب جاز ايكاله إليه فان كفى فذاك و لا اتمه له كما يجبر فى البهيمه المملوكه على أحدهما أو الذبح ان كانت مذكاه (و ان كان لها ولد) وفر عليه من لبنها ما يكفيه و حلب ما فضل الا أن يقوم بكفايته من غيره.

(و أما القسم)

بفتح القاف فللزوجه دائما ليله من أربع و له ثلاث يبيتها حيث شاء و للزوجتين ليلتان و له مثلهما و للثلاث ثلاث و له واحده و لو كن أربع فلا فاضل له و لو وهبته احداهن ليلتها وضعها حيث شاء و لا فرق بين الحر و العبد و الخصى و العنين و غيرهم و لا قسم للموطوءه بالمنقطع أو ملك اليمين و يسقط بالنشوز و السفر و يختص الوجوب بالليل و أما النهر فلمعاشه الا فى نحو الحارس فينعكس (و للامه) نصف القسم و كذا الكتابيه الحره و للكتابيه الأمه ربع القسم فتصير القسمه من ست عشره ليله (و تستحقه) المريضه و الرتقاء و لقرناء و الحائض و النفساء دون الصغيره و المجنونه المطبقه إذا خاف اذاها و يقسم الولى بالجنون (و تختص البكر) عند الدخول بسبع و الثيب بثلاث و ليس للزوجه ان تهب ليلتها للضره الا برضاء الزوج و لها الرجوع قبل تمام المبيت لا بعده و لو رجعت فى اثناء الليله تحول إليها و لو رجعت و لما يعلم فلا شى ء عليه و يصح للزوجه المصالحه عن حقها بعوض للزوج فيسقط عنه و للضره بشرط رضاء الزوج فينتقل إليها كما يصح مع رضاه تبديل ليله بعضهن بالاخرى و لا يزور الزوج الضره فى ليله ضرتها و يجوز عيادتها فى مرضها لكن يقضى لو استوعب الليله عند المزوره (و الواجب) المضاجعه لا المواقعه فلا تجب الا فى كل أربعه اشهر مره و لو جاز فى القسمه قضى و يستحب التسويه بين الزوجات فى الإنفاق فى الزائد على الواجب و إطلاق الوجه و الجماع و ان يكون صبيحه كل ليله عند صاحبتها.

(و أما النشوز)

و اصله الارتفاع و هو هنا ارتفاع أحد الزوجين عن طاعه صاحبه فيما يجب له فمتى ظهر من الزوجه امارته بتقطيبها فى وجهه و التبرم لحوائجه و عظها (فان لم ينجع) هجرها فى المضجع بان يوليها ظهره فى الفراش فان لم ينجع اعتزلها ناحيه فى غير فراشها و لا يجوز ضربها ان رجى رجوعها بدونه اما لو توقف رجوعها إلى طاعته عليه جاز مقتصراً على الأخف فالاخف ما لم يكن مدمياً و لا مبرحاً (و لو كان النشوز منه) يمنع حقوقها الواجبه من القسم و النفقه و غيرهما فلها المطالبه بها و لها وعظه لا هجره و ضربه فان اصر على الامتناع رفعت امرها إلى الحاكم فيلزمه بادائها و لو امتنع عن الإنفاق جاز للحاكم الإنفاق عليها من ماله و لو ببيع شى ء من عقاره ذا توقف الأمر عليه (فان تعذر ذلك الزمه الحاكم بطلاقها فان امتنع طلقها قهراً عليه) و لو تركت الزوجه بعض حقوقها أو كلها استماله له حل له القبول لكن ليس له منع بعض حقوقها أو كلها لتبذل له مالا على خلعها.

(و أما الشقاق)

فهو ان يكره كل منهما صاحبه فكان كل واحد منهما صار فى شق غير شق الآخر فإذا خشى الاستمرار بعث كل منهما حكما من أهله و إذا امتنع الزوجان بعثهما الحاكم و يجوز ان يكونا أجنبيين و بعثهما تحكيم لا توكيل فان اتفقا على الاصلاح فعلاه و ان اتفقا على التفريق لم يصح الا باذن الزوج فى الطلاق و اذن الزوجه فى البذل و كلما شرطاه يلزم إذا كان سائغاً و لو اختلف الحكمان لم يمض لهما حكم.

(و اما أحكام الأولاد)

فهى شرائط لحوق الولد و آداب الولاده و الرضاعه و الحضانه- اما شرائط لحوق الولد- فثلاث- الدخول- و يكفى فى إثباته مع الشك الفراش و مضى ادنى الحمل و هو سته اشهر هلاليه من حين الوطى فى الولد التام الذى ولجته الروح و فى غيره يرجع إلى المعتاد لمثله من الأيام و الأشهر و ان نقصت عن السته اشهر- و عدم تجاوز أقصى الحمل- و هو سنه على الأقوى فلو غاب أو اعتزل أكثر منها ثمّ ولدت لم يلحق به- و لو اختلفا- فى الدخول فادعته و انكره أو فى ولادته فان أنكر ولادتها له حلف الزوج و لو اختلفا فى المده فادعى ولادته لدون

ادنى الحمل أو لأزيد من اقصاه حلفت (و لو اعترف) بالشروط و نفى الولد لم ينتف الا باللعان و ان اتهمها بالفجور أو شاهد منها الزنا و لو فجر بها فالولد للزوج و للعاهر الحجر و ولد الشبهه يلحق بالواطى مع الشروط و لو ظن خلوها فعقد عليها و كان لها زوج ردت إليه بعد العده من الثانى (و لو تزوجت بآخر) بعد طلاق الأول و اتت بولد فان انتفت الشرائط عنهما انتفى عنهما و ان تحققت فيهما اقرع و ان تحققت فى واحد دون الآخر الحق بمن تحققت الشرائط من قبله و كذا الأمه لو بيعت بعد الوطى (و ولد المملوكه) يلحق بالمالك مع الشروط و كذا ولد المتعه لكن لو نفاه انتفى بغير لعان فيهما و ان فعل حراماً فلو عاد و اعترف به صح و لحق به بخلاف ما لو اعترف به ثمّ نفاه فلا ينتفى و لا يجوز النفى للعزل أو للتهمه بالزنا و لو وطأ الأمه مولاها و أجنبى فجوراً فالولد للمولى و مع امارات الانتفاء لا يجوز له الحاقه و لا نفيه بل يستحب ان يوصى له بشى ء و لا يورثه ميراث الأولاد و لو وطأها المشتركون فتداعوه الحق بمن تخرجه القرعه و يغرم للباقين حصصهم من قيمه الأمه و قيمه ولدها يوم سقوطه- و أما آداب الولاده- فيجب كفايه إعانه المرأه عند المخاض و يتعين انفراد النساء بها أو الزوج ان حصل به الغرض سواء وجدت النساء أم لا فان تعذر فالرجال المحارم فان تعذروا فغيرهم و يستحب غسل المولود حين يولد و الآذان فى اذنه اليمنى و الإقامه فى اليسرى و تحنيكه بتربه الحسين عليه السلام و ماء الفرات فان لم يكن فبماء السماء بإدخال ذلك إلى حنكه و هو أعلى داخل الفم و تسميته محمدا إلى السابع فان غير جاز و اصدق الاسماء ما اشتمل على العبوديه لله تعالى و أفضلها اسم محمد و على و أسماء الأنبياء و الأئمه عليهم السلام و تكنيته و يجوز اللقب (و يكره) الجمع بين كنيته بأبى القاسم و تسميته محمداً و ان يسمى حكما أو حكيما أو خالدا أو حارثا أو ضرارا أو مالكا (و تستحب العقيقه) و الحلق و الختان و ثقب الإذن فى اليوم السابع و ليكن الحلق قبل العقيقه و يتصدق بوزن شعره ذهبا أو فضه و تكره القنازع و يجب على الصبى الختان بعد البلوغ و يستحب خفض النساء و ان بلغن و قد مضى تفصيل العقيقه فى كتاب الحج (و اما الرضاع) فيجب على الأم ارضاع اللباء

بکسر اللام و هو أول ما یحلب عند الولاده باجره علی الأب ان لم یکن للولد مال و الا ففی ماله و یستحب لها ان ترضعه طول المده المعتبره فی الرضاع و هی حولان کاملان لمن أراد ان یتم الرضاعه لا یزید علیهما الا إلی شهرین و لا ینقص الا إلی ثلاثه و لا یلزم الأب أجره الزائد علی الحولین من غیر ضروره و هی أحق بارضاعه ذا رضیت بما یطلبه غیرها من أجره أو تبرع و الا جاز للأب انتزاعه و تسلیمه إلی الغیر و لا تجبر الحره علی إرضاعه و تجبر الأمه (و اما الحضانه) بالفتح فالام أحق بالولد مده الرضاع ابناً کان أو بنتاً إلا مع کمال الأب و نقصها بجنون أو کفر أو رق فإذا فصل فالام أحق بالبنت إلی سبع سنین و الأب أحق بالابن إلی البلوغ و لو تزوجت الأم سقطت حضانتها فان طلقت عادت و لو مات الأب فالام أحق به من الوصی و باقی الأقارب و ان تزوجت ذکراً کان الولد أم أنثی و کذا لو کان الأب مملوکا او کافراً و الأم حره مسلمه فان فقد الأبوان فالحضانه لأب الأب فان فقد فللاقارب الاقرب فالاقرب.

المصباح الثالث فیما یخص المنقطع

و هو أمور:

(الأول) المهر

فلا متعه بدونه کما سبق.

(الثانی) الاجل

و لا بد من تعیینه بالزمان کالیوم و الشهر و السنه فلو قدره بقدوم الغزاه أو ادراک الثمرات أو المره و المرات بطل و لا تقدیر فیه کثره فیصح و لو بما یستغرق العمر و لا قله فیصح و لو للحظه و الساعه و الیوم و نصف الیوم و یترتب علیه أحکام العقد من إباحه النظر و حرمه المصاهرات و ان کان الاجل مما لا یمکن فیه الجماع أو کانت الزوجه غیر قابله لذلک لصغره و نحوه.

(الثالث) لا یقع فیه طلاق و لا لعان و لا توارث

و ان شرط و فی الظهار اشکال.

(الرابع) تعتد غیر المدخول بها غیر الحامل حره أو أمه من انقضاء الاجل أو هبته بحیضتین

و لو استرابت بان لو تحض و هی فی سن من تحیض فبخمسه و أربعین

یوماً (و اما الحامل) فعدتها وضع الحمل مطلقا و تعتد الحره غیر الحامل مدخولا بها أم لا من الوفاه باربعه اشهر و عشره أیام و الأمه بشهرین و خمسه أیام الا إذا کانت أم ولد لمولاها أو کانت مزوجه فمات زوجها فانها کالحره و اما الحامل فبأبعد الاجلین مطلقا حره أو أمه کل بالنسبه إلی اجلها و وضع الحمل

و هنا مسائل:

المسأله ۱: إذا أخل بالمهر بطل العقد

سواء ذکر الاجل أم لا-و لو أخل بالاجل انقلب دائما سواء ذکر المهر أم لا-(الحکم بالانقلاب مشکل و تطبیقه علی القواعد أشکل و النص به ضعیف فالاحتیاط بالطلاق و تجدید العقد لا یترک و الله اعلم).

المسأله ۲: لا حکم للشروط قبل العقد

و تلزم لو ذکرت فیه و یجوز اشتراط اتیانها لیلا أو نهاراً و ان لا یطأها فی الفرج و لو رضیت به بعد العقد جاز.

المسأله ۳: یجوز العزل عنها

و لو لم یشترط و یلحق به الولد و ان عزل.

المسأله ۴: لا یصح تجدید العقد قبل انقضاء الاجل (الأقوی صحته دواما و متعه و هو فی ذلک کالإجاره أو البیع للعین الموجره) و لو أراده وهبها ما بقی و استأنف.

المصباح الرابع فیما یخص نکاح الاماء

اشاره

و النظر فی الأحکام و الطوارئ

(اما الأحکام)

اشاره

ففیها مسائل:

المسأله ۱: ليس للعبد و لا للامه ان يعقدا لأنفسهما نكاحاً الا باذن المولى أو اجازته

فان اذن أو أجاز فعليه مهر عبده و نفقه زوجته و له مهر امته و نفقتها على زوجها و لو كانت الأمه بين شريكين جاز تزويجها لأجنبى باتفاقهما و لا يجوز لأحدهما فان سبب الاباحه لا يتبعض و لو حلل أحدهما لصاحبه حصته جاز فان التحليل راجع إلى ملك اليمين و لو كان بعضها رقا و بعضها حراً لم يجز للمالك وطؤها بالملك و لا بالعقد دائماً أو منقطعا نعم ان هاياها على الزمان جاز العقد عليها متعه فى الزمان المختص بها على قول و يجوز للمولى تزويج امته من عبده و يكون عقداً لا تحليلا فلا بد فيه من القبول و يعطيها ما شاء من قبله أو من قبل مولاه و لو مداً من طعام أو درهما و لو مات السيد كانت الخيره للورثه فى إمضاء النكاح و فسخه و لا خيار للامه.

المسأله ۲: الولد بین الرقین رق

سواء کان عن عقد أو شبهه أو زنا منهما أو من أحدهما ثمّ ان کانا لواحد فالولد له مطلقا و ان کانا لاثنین فان کان عن عقد فان کان صحیحاً قد اذنا فیه أو اجازاه کان بینهما نصفین الا إذا اشترطه أحدهما أو شرط زیادته عن نصیبه فعلی ما شرط اما إذا کان فاسداً فان تساویا فی عدم الإذن فیه اشترکا فی الولد و الا فهو لمن لم یأذن سواء کانا عالمین بالتحریم أو جاهلین أو مختلفین علی المشهور و اما اذا لم یکن عقد فان کانا زانیین فالولد لمولی الأمه و ان کانا مشتبهین تنصف و ان کانا مختلفین فان کانت الأمه مشتبهه و العبد زانیا فلمولی الأمه و ان انعکس انعکس.

المسأله ۳: الولد بین الحر و الرق حر إذا کان عن عقد صحیح

ابا کان الحر أو اماً و لو اشترط المولی رقیه الولد بطل و لم یبطل به العقد و کذا إذا کان عن شبهه منهما أو من الحر منهما سواء کان اباً أو اماً و سواء کانت الشبهه عن عقد أو مجرده عنه نعم یجب علی الأب الحر قیمه الولد لمولی الأمه لاتلافه علیه نماء ملکه و ان کان مشتبها و لا یجب علی الأم الحره ذلک لمولی العبد اما لو کانت الشبهه من الرق منهما حسب کان الولد رقاً مطلقا و اما لو کان عن زنا منهما فالولد تابع للام فان کانت أمه فهو رق و ان کانت حره فهو حر الا إذا عقد العبد علی الحره بغیر اذن مولاه مع علمه و علمها بالتحریم فان الولد لمولاه للنص الخاص

(و اما الطواری)

فثلاثه العتق و البیع و الطلاق- اما العتق فإذا اعتقت الأمه فلها الفسخ و ان کانت تحت حر و لا خیار للعبد لو اعتق و ان کانت تحته أمه و یجوز للمولی ان یتزوج امته و یجعل عتقها صداقها مقدماً ما شاء من العتق أو التزویج و یجب قبولها- و أما البیع- فلو بیع أحد الزوجین فللمشتری و البائع الخیار و کذا یتخیر کل من انتقل إلیه الملک بأی سبب کان و لو بیع الزوجان معاً علی واحد یخیر و لو بیع کل منهما علی واحد تخییراً- و اما الطلاق- فإذا کانت زوجه العبد حره أو أمه لغیر مولاه فالطلاق بیده و لیس لمولاه اجباره و لو کانت أمه لمولاه کان التفریق إلی المولی و یصح بالطلاق و غیره من فسخ أو أمر بالاعتزال و نحوهما.

المصباح الخامس فيما يخص الوطى بالملک

اشاره

و هو نوعان ملک الرقبه و ملک الانتفاع.

(اما ملک الرقبه)

فيجوز الوطى به من دون حصر لكن لا يحل لأحد الشريكين وطى الأمه المشتركه الا إذا حللها له صاحبه و إذا زوج امته حرمت عليه وطياً و لمساً و نظراً بشهوه ما دامت فى العقد و يجب على مشترى الجاريه استبراءها لكن لو اعتقها حل له وطيها بالعقد من غير استبراء و لا تحل لغيره حتى تعتد عده الحره.

(و اما ملک الانتفاع)

فيتحقق بالتحليل من المالک لغيره و لو لمملوكه (و صيغته) ان يقول احللت لک وطيها أو جعلتک فى حل من وطيها و لا يصح بلفظ العاريه و فى صحته بلفظ الاباحه اشكال و يقتصر على ما حلل له فلو احل له اللمس أو التقبيل اقتصر عليه اما لو احل له الوطى حل له ما دونه و لا يستبيح الخدمه بتحليل الوطى كما لا يستبيح الوطى بتحليل الخدمه و إذا كان المحلل له رقاً فالولد رق و ان كان حراً فحر حتى لو اشترط المولى رقيته لغى و لا-قيمه على الأب اشترط حريته أو أطلق و يكره وطى الفاجره و من ولدت من الزنا كالحره لكن لا باس بوطى الأمه و فى البيت مميز و ان ينام بين امتين و ان كره فى الحره.

(و اما اللواحق)

اشاره

ففيها قبسات.

القبس الأول: فى العيوب

اشاره

و النظر فى اقسامها و احكامها.

(اما اقسامها)

فعيوب الزوج سته الجنون مطبقا أو ادواراً و ان لم يستغرق أوقات الصلاه و الخصا و هو سل الانثيين و ان أمكن الوطى و بحكمه الوجاء بكسر أوله و المد و هو رضهما بحيث تبطل قوتهما و العنن و الجب و الجذام و البرص (و عيوب الزوجه تسعه) الجنون و الجذام و البرص و الاقعاد و القرن بسكون الراء و فتحها عظم فى الفرج يمنع الوطى- و العفل- بالتحريك و هو لحم يمنع الوطى- و الرتق- بالتحريك و هو ان يكون الفرج ملتحماً لا مدخل فيه للذكر و الافضاء.

(و اما الأحكام)

فشرط الجب ان لا يبقى قدر الحشفه و شرط العنه بالضم ان يعجز عن الوطى فى القبل و الدبر منها و من غيرها بعد رفع امرها إلى الحاكم و انظاره

سنه و لو تجددت بعد العقد فلا فسخ سواء حدثت بعد الدخول أو قبله و عيوب الزوج و الزوجه فى ذلك سواء عدا العنن و جنون الزوج فيفسخ بهما و لو حدثا بعد العقد فى الجنون مطلقاً و فى العنن قبل الدخول دون ما بعده و لو مره و الخيار على الفور و ليس بطلاق و لا يشترط الحاكم الا فى العنه لضرب الاجل لا للفسخ ثمّ ان الفسخ كان قبل الدخول فلا مهر و ان كان بعده فالمسمى باتفاق النص و الفتوى و الا فالقاعده تقضى بسقوطه و ثبوت مهر المثل و فسخ الزوج و الزوجه فى ذلك سواء و العيوب كلها سواء الا العنن فان الفسخ به قبل الدخول يوجب النص للنص و القول قول منكر العيب بيمينه.

القبس الثانى: فى الشروط

(عقد النكاح) لازم لا ينفسخ بتقايل و لا خيار عدا خيار العيب و خيار الشرط دون شرط الخيار فلو شرط الخيار فى النكاح دواما أو متعه بطل و ابطل على المشهور و ان كان القول ببطلانه خاصه دون العقد كسائر الشروط الفاسده قوى و لو شرط فى المهر صح العقد و الشرط و المهر فان فسخ رجع إلى مهر المثل ثمّ ان خيار العيب قد اتضح (و اما خيار الشرط) فمن تزوج امرأه بشرط كونها حره فظهرت أمه فله الفسخ و كذا لو تزوجته بشرط كونه حراً فظهر عبداً أو تزوجها بشرط كونها بنت مهيره فظهرت بنت أمه ثمّ ان وقع الفسخ منه أو منها قبل الدخول فلا مهر و ان وقع بعد الدخول وجب المهر و يرجع به على المدلس سواء كانت هى أو غيرها باستثناء مهر المثل أو اقل ما يكون مهراً عوضاً عما استحله من فرجها (و لو شرطها بكراً) فظهرت ثيباً فله الفسخ إذا ثبت سبق الثيبوبه على العقد ثمّ ان فسخ فكما سبق و الا فله أن ينقص من مهرها بنسبه ما بين مهر المثل و الثيب و كل شرط وافق كتاب الله فهو نافذ منه عليها أو منها عليه فلو شرط تأجيل المهر أو بعضه إلى اجل معين صح و كذا لو شرطت ابقاءها فى بلدها أو منزلها و كل شرط خالف كتاب الله فهو مردود فلو شرطت عليه ان لا يتزوج و لا يتسرى و لا يقسم لضرتها بطل فان شرط الله قبل شرطها لكن لا يبطل به المهر و لا العقد.

القبس الثالث: فی أحكام الدخول علی الزوجه

- يجوز- استمتاع الزوج بما شاء من الزوجه الا القبل فی الحيض و النفاس و الوطی فی دبرها مكروه كراهه شديده بل الاحوط الترک خصوصا فی الحائض و النفساء و لو منعته الزوجه عنه لم تنشز بذلک و لو فعل ترتب عليه ما يترتب علی الوطی فی القبل من وجوب الغسل و العده و استقرار المهر و بطلان الصوم و ثبوت حد الزنا إذا كانت اجنبيه و ثبوت مهر المثل إذا وطأها شبهه و حرمه المصاهرات المعلقه علی الدخول كحرمه الأم و البنت و نحوهما (و لا- يحرم) العزل فی المتعه و لو كانت حره و لا- فی الأمه و لو كانت دائمه و لا- فی الحره الدائمه إذا اشترطه فی العقد اما مع عدم الشرط فهل يحرم أو يكره قولان و الاحوط الاجتناب و لو فعل فالاحوط إعطاءه لها ديه النطفه عشره دنانير و ان كان الأقوی عدم الوجوب (و لا يجوز) ترک وطی الزوجه دائما أو متعه حره أو أمه أو شائبه اكثر من أربعه اشهر و يكفی مسماه و لا يشترط الانزال و لا يكفی الدبر.

القبس الرابع: فی التنازع

إذا اختلفا فی الزوجيه حلف المنكر لها و تترتب علی المدعی آثار الزوجيه ثمّ ان كان الإنكار من الزوجه جاز لها التزويج بغيره قبل فصل الدعوی فان اقام بينه انكشف فساد العقد و تسلط علی اخذها و إذا ادعت المرأه انها خليه جاز تزويجها و ان لم يحصل العلم بصدقها سواء علم بانها كانت ذات زوج فادعت طلاقه أو موته أم لا و لا يجب الفحص و إذا ادعت بعد ذلک ان لها زوجاً لم يسمع الا- بالبينه و لو ادعی زوجيه امرأه فادعت اختها عليه الزوجيه فان لم تكن بينه حلف المنكر منهما و الا فان اقامت بينه فالعقد لها و ان اقام بينه فالعقد له و ان اقاما بينه فالحكم لبينته الا ان يكون معها مرجح من دخول بها أو تقدم تاريخ بينتها علی بينته فيحكم بها.

المقصد الرابع: فی الإیقاعات

اشاره

و فیه کتب

الکتاب الأول فی الطلاق

اشاره

و النظر فی ارکانه و أقسامه و العدد و اللواحق فهنا مصابیح:

المصباح الأول فی ارکانه

اشاره

و هی الصیغه و المطلق و المطلقه و الاشهاد.

(اما الصیغه)

فهی أنت أو هذه أو فلانه أو زوجتی أو زوجه موکلی مثلا (طالق) فلا یکفی أنت طلاق و لا من المطلقات و لا مطلقه و لا طلقت فلانه و لا عبره بالسراح و الفراق و الخلیه و البریه و البته و البتله و حرام و بائن و اعتدی و نحوها و ان قصد الطلاق و طلاق الأخرس بالاشاره المفهمه له و لو بإلقاء القناع و لا یقع بالکتابه حاضرا کان أو غائبا و لا بتخییر الزوجه بین الفراق و البقاء و ان قصد الطلاق و اختارت نفسها فی الحال فانه من خصائص رسول الله صلّی الله علیه و آله و سلَّم و لا معلقاً علی شرط أو صفه و لو فسر الطلقه باثنتین أو ثلاث کأن قال أنت طالق ثلاثاً لغی التفسیر و وقعت واحده و لو کان المطلق ممن یعتقد الثلاث لزمته (ان کان من القوم و الا فلا).

(و اما المطلق)

فیعتبر فیه (البلوغ) فلا یصح طلاق الصبی و ان اذن له الولی أو بلغ عشراً- و العقل- فلا یصح طلاق المجنون مطبقا أو ادواریا فی دوره (و یطلق الولی) عن المجنون المطبق مع المصلحه لا الادواری و لا الصبی و لا السکران و لا المغمی علیه- و الاختیار- فلا طلاق لمکره- و القصد- فلا طلاق لهازل أو ساه أو نائم أو غالط و تصح الوکاله فی الطلاق عن الغائب و الحاضر و یجوز توکیل الزوجه فی طلاق نفسها.

(و اما المطلقه)

فيعتبر فيهـا الزوجيه فلاـ يقع بالاـمه- و الـدوام- فلاـ يقع بـالتمتع بها- و الطهر- من الحيض و النفاس الا فی غير المـدخول بها أو الحامل ان قلنا بجواز حيضها أو الغائب عنها زوجها فيصح و ان كانت حائضا أو نفساء نعم يشترط فی

الغائب ان لا یکون عالما بذلک حین الطلاق و ان تکون الغیبه بقدر انتقالها من طهر إلی طهر آخر الا إذا سافر فی طهر لم یقربها فیه فیصح من غیر تربص و المحبوس عن زوجته کالغائب- و ان یطلقها- فی طهر لم یقر بها فیه بجماع الا فی الصغیره و الیائسه و الحامل و تصبر المسترابه ثلاثه اشهر فلا یقع بها طلاق قبلها- و التعیین- فلو طلق إحدی زوجیته بلا تعیین بطل.

(و اما الاشهاد)

فیعتبر سماع رجلین عادلین للطلاق و ان لم یستدعهما إلی الاستماع- و یعتبر- اجتماعهما حین الإنشاء و کونهما غیر الزوج و وکیله فلو طلق الوکیل بحضور الزوج فلا بد من شاهدین غیره و العداله شرط واقعی فیهما و ان کفی حسن الظاهر طریقاً لاثباتها فلو علم الزوج بفسقهما أو علما بفسق انفسهما لم یصح له و لا لهما ترتیب الأثر علی ذلک الطلاق و ان صح بالنسبه إلی من لم ینکشف له الحال و لا تقبل فیه شهاده النساء.

المصباح الثانی فی أقسامه

و هو بدعه و سنه- فالبدعه- ما اختل فیه أحد الشروط السابقه فانه یحرم و یبطل و لو کرر الطلاق ثلاثا من غیر رجعه لم تقع الا واحده- و السنه ثلاث- بائن و رجعی و طلاق العده- فالبائن- سته طلاق غیر المدخول بها دخولا یوجب الغسل فی قبل أو دبر (و الیائسه و الصغیره) و المختلعه و المباراه ما لم یرجعا فی البذل و المطلقه ثلاثا بینها رجعتان و لو بعقد جدید بعد العده ان کانت حره و لو تحت عبد و اثنتین بینهما رجعه کذلک ان کانت أمه و لو تحت حر- و الرجعی- ما عدا ذلک مما للمطلق الرجعه فیه سواء رجع أم لا (و طلاق العده) هو أن یطلق علی الشرائط ثمّ یرجع فی العده و یطأ ثمّ یطلق فی طهر آخر و هذه کما تحرم فی کل ثالثه فی الحره و فی کل ثانیه فی الأمه حتی تنکح زوجا غیره تحرم أیضا فی التاسعه فی الحره و فی السادسه فی الأمه ابدا و ما عداه- و هو ما تجرد- عن الوطی و ان رجع فی العده أو ما لم یرجع فیه الا بعد العده بعقد جدید (لا تحریم مؤبد) فیه و إنما تحرم فی الثالثه أو الثانیه حتی تنکح زوجا غیره حسب فلا یهدم استیفاء العده التحریم فی الثالثه و الاحتیاج إلی المحلل خلافا لعبد

الله بن بكير فقال انه إذا لم يرجع فيها فى العده و تزوجها بعقد جديد ان فعله مائه مره هدم ما قبله و حلت له بلا زوج (و يجوز طلاق الحامل) أزيد من مره و يكون طلاق عده ان وطأ و الا فسنه- و لو طلق- ثلاثا فى طهر واحد من غير تخلل الوطى بينها صح و لا يكون طلاق عده- و يشترط- فى المحلل البلوغ و الوطى قبلا بالعقد الصحيح الدائم و كما يهدم الثلاث يهدم ما دونها- و لو ادعت- انها تزوجت و دخل و طلق صدقت إذا كانت ثقه- و تصح- الرجعه بالقول و الفعل و من الأخرس بالاشاره المفهمه و إنكار الطلاق رجعه و لا يجب فيها الاشهاد بل يستحب و لو ادعت انقضاء العده بالزمان الممكن قبل.

المصباح الثالث فى العده

اشاره

و النظر فى اقسامها و احكامها

(اما اقسامها)

فسبب العده اما وفاه أو طلاق و ما بحكمه- اما فى الوفاه- فتعتد الزوجه مطلقاً و ان كانت متعه أو صغيره أو يائسه أو غير مدخول بها باربعه اشهر و عشره أيام ان كانت حره و نصفها ان كانت أمه الا ذا كانت حاملا فبأبعد الاجلين و تعتد أم الولد من وفاه زوجها أو سيدها عده الحره و تستبرئ غيرها من وفاه المولى إذا كان قد وطأها و لا عده و لو مات زوج الأمه ثمّ اعتقت اعتدت كالحره و كذا لو مات بعد وطيها و تدبيرها- و المفقود- لا خيار لزوجته ان عرف خبره أو كان من ينفق عليها (و ان لم يكن لها من ينفق عليها و كان بالصبر مشقه عليها لا تتحمل عاده جاز للحاكم طلاقها فتعتد و تتزوج بل لا يبعد ذلك حتى مع حضور الزوج و امتناعه عن الإنفاق عصيانا أو عجزا) و الا رفعت امرها إلى الحاكم فيؤجلها أربع سنين و يطلبه فيها فان وجده و الا طلقها و أمرها بعده الوفاه ثمّ اباحها النكاح فان جاء فى العده فهو املك بها و إلا فلا سبيل له عليها تزوجت أم لا (و اما فى الطلاق و ما بحكمه) فلا عده على الصغيره و اليائسه و غير المدخول بها و تعتد من عداهن إذا كانت مستقيمه الحيض بثلاثه أطهار أحدها ما بقى من طهر الطلاق بعده و ان قل ان كانت حره و الا فطهران كذلك ان كانت أمه فتبين الحره برؤيه الدم الثالث و الأمه بالثانى- و اقل ما تنقضى به عده الحره- سته و عشرون يوما و لحظتان و الأمه ثلاثه عشر يوما

و لحظتان و اللحظه الأخيره كاشفه عن الانقضاء لا جزء من العده فلا تصح فيها الرجعه و يصح العقد- و ان كانت- فى سن من تحيض و لا- تحيض فعدتها ثلاثه اشهر ان كانت حره و الا فشهر و نصف و الحامل حره أو أمه عدتها و ضع الحمل و ان كان سقطا- و الذميه- التى تحت الكافر كالحره فى الطلاق و الوفاه و لو طلق الزوج ثمّ مات فى العده فان كان رجعيا اعتدت الوفاه حره أو أمه و ان كان بائنا اتمت عده الطلاق و لو اعتق امته بعد وطيها اعتدت لوطيه بثلاثه اطهار ان كانت من ذوات الحيض و إلا فثلاثه اشهر- لو- طلقت الأمه ثمّ اعتقت فى أثناء العده فان كان رجعياً اكملت عده الحره و ان كان بائنا اتمت عده الأمه.

(و اما احكامها)

فيجب الحداد و هو ترك الزينه على المتوفى عنها زوجها مده العده دون المطلقه و لا حداد على أمه و يجب الإنفاق فى العده الرجعيه كما كان فى صلب النكاح شروطا و كميه و كيفيه و لا يجوز للزوج إخراجها من منزل الطلاق حتى تخرج عدتها الا ان تاتى بفاحشه يجب بها الحد فتخرج لإقامته ثمّ تعود و لا لها ان تخرج الا مع الضروره بعد نصف الليل و ترجع قبل الفجر و لا يحرم ذلك فى البائن و لا المتوفى عنها زوجها بل تبيت كل منهما حيث شاءت- و تعتد المطلقه- من وقت إيقاعه (فلو طلقها و لم تعلم إلى سنه أو اكثر ثمّ علمت جاز لها ان تتزوج فوراً لأن عدتها قد انقضت كما فى الأخبار الصحيحه بخلاف المتوفى عنها زوجها فتعتد من حيث العلم و لو بعد سنه أو اكثر) و المتوفى عنها زوجها من حين البلوغ.

([المصباح الرابع] و اما اللواحق)

فيكره الطلاق مع التئام الأخلاق فما من شىء مما احله الله تعالى ابغض إليه تبارك و تعالى من الطلاق و ان العرش ليهتز منه و تتاكد فى المريض فان فعل صح و توارثا فى الرجعى و ترثه هى فى البائن و الرجعى إلى سنه ما لم تتزوج أو يبرأ من مرضه.

الكتاب الثانى فى الخلع و المباراه

الخلع بالفتح مصدر خلع الثوب أى نزعه بالضم اسم للمصدر و قد استعير للطلاق لقوله تعالى- هن لباس لكم- و المباراه المفارقه تقول بارأت شريكى بالهمز إذا فارقته و المراد بهما هنا الطلاق بعوض فيشترط فيهما ما يشترط فيه و يزيدان باشتراط أمور أخر يشتركان فى بعضها و يختص كل عن الآخر فى بعض- فاما ما يشتركان فيه- فهو اشتراط كراهه الزوجه للزوج و بذلها للعوض و أما ما يختص به الخلع فهو جواز زياده الفديه على ما اعطاها و عدم وجوب اتباع الخلع بلفظ الطلاق- و اما ما تختص به المباره- فهو اشتراط كراهه الزوج للزوجه أيضا و عدم جواز الزياده فى الفديه على ما اعطاها و لزوم الاتباع بلفظ الطلاق- و صيغه الخلع- أن يقول الزوج خلعتک على كذا أو أنت مختلعه على كذا أو خلعت فلانه أو هى مختلعه على كذا و الاحوط اتباعه بالطلاق فيقول فانت طالق أو فهى طالق و لو أتى بالطلاق مع العوض اغنى عن لفظ الخلع و كان خلعا تشترط فيه شرائطه و تترتب عليه آثاره- و صيغه المباراه- بارأتک على كذا فانت طالق- و لا بد فيهما- من قبول المرأه أو وكيلها عقيبه بلا فصل معتد به أو تقدم سؤالها له قبله كذلك و كلما صح أن يكون مهرا صح أن يكون فديه و يصح البذل منها و من وكيلها و ممن يضمنه باذنها و فى صحته من المتبرع من ماله قولان اقربهما المنع (و الصحه غير بعيده و لو رجعت به دخل فى ملكها دونه)- و لو تلف العوض- المعين المبذول قبل القبض فعليها ضمانه مثلا أو قيمه و لو بان مستحقا للغير بطل الخلع و يصح البذل من الأمه باذن المولى فان عين قدراً تعين و إلا انصرف إلى مهر المثل و لو لم يأذن لها صح و تبعت به بعد العتق ان لم يكن عينا شخصيه و الا بطل و المكاتبه المشروطه كالقن و اما المطلقه فلا اعتراض عليها و إذا تم الخلع أو المباراه فلا رجعه للزوج قبل رجوعها فى البذل و للزوجه الرجوع فى البذل ما دامت فى العده ان كانت ذات عده اما لو خرجت عدتها

أو لم يكن لها عده فلا رجوع لها قطعا و إذا رجعت حيث يصح رجوعها صار الطلاق رجعياً تترتب عليه احكامه و رجع هو ان شاء ما دامت العده باقيه و لم يمنع من رجوعه مانع (أما لو كان المانع من قبله كما لو تزوج اختها فلها الرجوع و لا رجوع له الا ذا رفع المانع) و لو تنازعا فی القدر أو الجنس أو فی كونه فی ذمتها أو ذمه غيرها حلفت و لو قالت خالعتك على الف ضمنها عنی فلان أو دفعتها أو ابرأتنی حلف مع عدم البينه.

الكتاب الثالث فی الظهار

اشاره

و هو فعال من الظهر و المراد به تشبيه المكلف من يملك نكاحها بمن يحرم عليه ذلك ابداً بنسب أو سبب و هو محرم و ان ترتبت عليه الأحكام- و النظر- فی الصيغه و المظاهر و المظاهره و الشروط و الأحكام:

(اما الصيغه)

فهی أن يقول أنت أو هذه أو فلانه علی أو لدی أو عندی أو منی كظهر امی أو اختی أو بنتی أو غيرهن من المحرمات النسبيه و فی المحرمات بالرضاع أو المصاهره اشكال (اقربه العدم) و لا ظهار إلا من الزوج فلو وقع من الزوجه لغی و لا يقع بالتشبيه بالأب أو الاجنبيه و يصح توقيته بامد كالشهر و السنه فيحل له الوطی بعده و تعليقه على صفه كانقضاء الشهر فلا يحرم الوطی قبلها و على شروط فلو لم يحصل فلا حكم له.

(و اما المظاهر)

فيعتبر فيه- البلوغ- و كمال العقل و الاختيار و القصد فلا ظهار لصبی أو مجنون أو سكران أو مغمی عليه أو مكره أو فی غضب و يصح من الكافر.

(و اما المظاهره)

فيعتبر فيها الطهاره من الحيض و النفاس و ان لا يكون قد قاربها فی ذلك الطهر كالطلاق و ان تكون مدخولا بها و لو فی الدبر و لا فرق فی الزوجه بين الحره و الأمه ذا كانت دائمه فی المتمتع بها اشكال و لا يقع فی الموطوءه بالملك.

(و اما الشروط)

فهی حضور شاهدین عدلین یسمعان الصیغه کالطلاق فلو لم یسمعه شاهدان لغی و ان لا یکون فی اضرار و لا یمین.

(و أما الأحكام)

فوجوب الکفاره للظهار و حرمه الوطی قبلها فلو فعل عامدا لزمه کفارتان إحداهما للوطی و الأخری للظهار و لا شی ء علی الناسی و الجاهل و لو کرر الوطی قبل التکفیر تکررت کفاره الوطی دون کفاره الظهار و لو طلق و راجع فی العده لم تحل حتی یکفر اما لو طلقها بائناً أو رجعیاً و انقضت العده حلت له بعقد جدید من غیر تکفیر و لو ظاهر زوجته الأمه ثمّ اشتراها و وطأها بالملک فلا کفاره و لو مات أحدهما أو ارتد فلا کفاره و یجب أحد الامرین من التکفیر و العود أو الطلاق فلو ماطل رافعته إلی الحاکم فینظره ثلاثه اشهر حتی یکفر و یفی أو یطلق و یجبره علی ذلک بعدها لو امتنع و لو عجز عن الکفاره أجزأه الاستغفار.

الكتاب الرابع فی اللعان

اشاره

و هو المباهله بین الزوجین لإزاله حد أو نفی ولد (و النظر) فی السبب و الشرائط و الکیفیه و الأحکام.

(اما السبب) فأمران:

أحدهما: رمی الزوجه المحصنه المدخول بها بالزنا قبلا أو دبرا مع دعوی المشاهده و عدم البینه

و المراد بالمحصنه العفیفه فلو رمی المشهوره بالزنا و لو مره فلا حد و لا لعان بل یعزر و لا یجوز القذف الا مع المعاینه للزنا کالمیل فی المکحله لا بالشیاع و الظن.

ثانیهما: إنکار من ولد علی فراشه بالشرائط المعتبره فی لحوق الولد به

و ان سکت حال الولاده و لم ینفه علی الأقوی ما لم یسبق الاعتراف منه به صریحا أو فحوی و لو قذفها بالزنا أو أنکر الولد و اقام بینه سقط الحد و لم ینتف الولد الا باللعان.

(و اما الشرائط)

فیشترط فی- الملاعن- الکمال بالبلوغ و العقل و لا یشترط العداله و لا الحریه و لا الإسلام بل یلاعن و لو کان کافراً أو مملوکاً أو فاسقاً و

یلاعن الأخرس بالاشاره المفهمه ان أمکن معرفته اللعان (و یشترط فی الملاعنه) الزوجیه دوما حره أو أمه فلا لعان فی الموطوءه بالملک و لا فی المتعه- و الدخول- فلا لعان فی غیر المدخول بها و لا تکفی الخلوه و ان ارخیت الستور فلو طلق امرأه فادعت الحمل منه فأنکر الدخول فلا لعان و ان اقامت بینه علی ارخاء الستور ما لم تقمها علی الدخول- و الکمال- بالبلوغ و العقل- و السلامه- من الصمم و الخرس فلو قذف الصغیره أو المجنونه فلا لعان بل یحد أو یعزر و کذا لو نفی الولد منها و لو قذف الصماء أو لخرساء حرمتا علیه ابداً و لا لعان.

(و اما الکیفیه)

فهی ان یقول الرجل (أشهد بالله انی لمن الصادقین فیما قلته علی هذه المرأه) أربع مرات ثمّ یعظه الحاکم فان رجع حد و إلا قال (أن لعنه الله علیه ان کان من الکافرین) ثمّ تقول المرأه أربع مرات (اشهد بالله انه لمن الکاذبین) ثمّ یعظها الحاکم فان اعترفت رجمها و إلا قالت (ان غضب الله علیها ان کان من الصادقین) فتحرم ابدا (و یجب التلفظ) بالشهاده و قیامها عند التلفظ و بدأه الرجل و تعیینه للمرأه و النطق بالعربیه مع القدره و یجوز غیرها مع التعذر و البدأه بالشهادات ثمّ اللعن أو الغضب و یستحب جلوس الحاکم مستدبر القبله و وقوف الرجل عن یمینه و المرأه عن یساره و حضور من یسمع اللعان و الوعظ قبل اللعن و الغضب و لو أربعه عدد شهود الزنا و یجب ان یکون اللعان فی زمان الغیبه عند الحاکم الشرعی.

(و أما الأحکام)

فیترتب علی لعان الزوج سقوط الحد عنه و علی لعان الزوجه سقوطه عنها فلو نکلت عنه بعد تحققه من الزوج حدت اقرت بالزنا أو انکرت- و علی لعانهما- بطلان الزوجه فلا توارث- و التحریم- المؤبد- و نفی الولد- عنه لا عن المرأه إن کان اللعان لنفیه و إذا أکذب الرجل نفسه فی أثناء لعانه لم یثبت شیء من تلک الأحکام فیحد و تبقی الزوجیه و یلحق به الولد- أما ذا أکذب نفسه- بعد لعانه أو لعانهما فلا یزول الا سقوط الحد فیحد لکن لا یعود الحل و لا یرث هو الولد و ان ورثه الولد و لو أکذبت المرأه نفسها بعد لعانها حدت إذا اقرت أربعاً- و لو قذفها- فماتت قبل اللعان لم تترتب الأحکام الموقوفه علی التلاعن من الجانبین

لتعذره بموتها فيرثها لبقاء الزوجيه و يلحق به الولد لكن فى روايه أبى بصير و غيرها قيام الوارث مقامها فى اللعان فان لاعنه انتفى الميراث و عمل بها جمع فالقول بها قوى اما الحد الذى يترتب سقوطه على لعانه حسب فله إسقاطه بلعانه بحضور الوارث أو غيبته.

الكتاب الخامس فى الايلاء

و هو مصدر إلى يولى ايلاء إذا حلف و المراد به هنا الحلف على ترك وطى الزوجه مطلقا أو فى مده خاصه و لا ينعقد إلا باسم الله تعالى فلو حلف بالطلاق أو العتاق لم يصح و لا ينعقد الا فى اضرار فلو حلف لصلاح لم ينعقد كما لو حلف لاستضرارها بالوطى أو لصلاح اللبن فليس فى الاصلاح ايلاء و لا ينعقد إلا على ترك الوطى ابداً أو مطلقاً أو على أزيد من أربعه اشهر- و يعتبر- فى الحالف البلوغ و كمال العقل و الاختيار و القصد حرا كان أو عبدا مسلماً أو ذمياً- و فى المرأه- الزوجيه الدائمه و الدخول و لو قبلا فلا ايلاء فى الموطوءه بالملك و لا فى المتعه و لا فى غير المدخول بها- و إذا تم الايلاء- فللزوجه مرافعته عند الحاكم فينظره أربعه اشهر من حين الترافع فان رجع و كفر فذاك و إلا خيره الحاكم بين الفى ء أو الطلاق فان امتنع حبسه و ضيق عليه فى المطعم و المشرب حتى يكفر و يفى ء أو يطلق (و فئه القادر بالوطى قبلا)- و فئه العاجز- بإظهار العزم على الوطى مع القدره (و لو إلى مده معينه) و دافع حتى انقضت فلا كفاره و ان اثم بمدافعته- و الواجب هنا- كفاره اليمين و محلها بعد الوطى و لا تتكرر بتكرر اليمين الا مع تغاير الوقت المحلوف على ترك الوطى فيه بخلاف الظهار و يزول حكم الايلاء بالطلاق البائن و ان عقد عليها ثانيا فى العده و بشراء زوجته الأمه سواء وطأها بالملك أو اعتقها و تزوجها و إذا وطأ الحالف ساهيا أو مجنونا أو بشبهه لم تلزمه كفاره و بطل حكم الايلاء (و لو اختلفا) فى انقضاء المده المضروبه حلف مدعى البقاء و فى زمان وقوع الايلاء حلف من يدعى تأخره فهذه كتب خمسه فى الإيقاعات و بتمامها تمت مقاصد الكتاب.

و اما الخاتمه ففی الجهاد

اشاره

و النظر فی کیفیه وجوبه و شرائط من یجب علیه و أحکام المرابطه و أقسام من یجب جهاده و أحکام الغنیمه و أحکام البغاه

(اما کیفیه وجوبه)

فیجب الجهاد للدعوه إلی الإسلام علی الکفایه بحسب الحاجه بشرط الإمام العادل أو نائبه الخاص- اما العام- فلا یجوز له تولیه حال الغیبه نعم لو هجم عدو علی المسلمین یخشی منه علی بیضه الإسلام وجب کفایه علی کل ذی قوه و قدره دفعه و لا یشترط اذن الإمام- و اما شرائط- من یجب علیه- فیشترط- فیمن یجب علیه الجهاد بالمعنی الأول- البلوغ و العقل و الحریه و الذکوره و البصر و السلامه من المرض و العرج و الفقر- فلا- یجب- علی الصبی و المجنون و العبد و المرأه و الاعمی و الاعرج و الفقیر العاجز عن نفقه عیاله (و للأبوین) منع الولد مع عدم التعیین و کذا للغریم منع المدیون الموسر مع الحلول و العاجز یجب ان یستنیب مع القدره و عدم وجود من به الکفایه- و اما بالمعنی الثانی- فیجب علی القادر مطلقا الذکر و الأنثی فیه سواء و السلیم و الاعمی سواء و المریض و العبد و غیرهما سواء و یحرم المقام فی بلد الشرک لمن لا یتمکن من إظهار شعائر الإسلام.

(و اما المرابطه)

و هی الارصاد لحفظ الثغور (فهی مستحبه) استحبابا مؤکدا مع حضور الإمام و غیبته لانها لا تتضمن جهادا بل حفظا و اعلاما و اقلها ثلاثه أیام إلی أربعین یوما فان زادت کانت کالجهاد فی الثواب و لو نذرها أو نذر صرف مال إلی اهلها وجب الوفاء و ان کان الإمام غائبا علی الأقوی.

(و اما من یجب جهاده)

اشاره

فهم من لیس لهم کتاب و لا شبهه کتاب من سائر فرق الکفار و هؤلاء یجب قتالهم بعد الدعاء إلی الإسلام و امتناعهم إلی ان یسلموا أو یقتلوا و لا تقبل منهم الجزیه مطلقا- و اما من کان- لهم کتاب أو شبهه کتاب فیقاتلوا کذلک الا ان یلتزموا بشرائط الذمه فیقبل منهم (و هی بذل الجزیه) و التزام أحکام الإسلام فی المرفاعات و ترک التعرض للمسلمات بالنکاح و للمسلمین بالفتنه عن دینهم و قطع الطریق علیهم و سرقه أموالهم و ایواء عین المشرکین و جاسوسهم و

الـدلاله على عورات المسـلمين و إظهـار المنكرات فى شـريعه الإسـلام كأكـل لحم الخنزير و شـرب الخمر و اكـل الربـا و نكاح المحارم فى دار الإسلام- و تقدير الجزيه إلى- الامام و تؤخذ من الكافر صاغرا و يبدأ بقتال الأقرب الا مع الخطر فى البعيد فيبدأ به و لا يجوز الفرار مع الاختيار إذا كان العدو ضـعفا للمسلم أو اقل الا لمتحرف لقتال أو متحيز إلى فئه (و تجوز المحاربه) بسائر أنواع الحرب حتى هـدم الحصون و نصب المنجنيق و قطع الشـجر و ان كره و كذا يكره ارسال الماء عليهم و منعه عنهم و ارسال النار (و اما إلقاء السم) فى بلادهم فلا يجوز مع إمكان الفتح بدونه و احتمال وجود من لا يجوز قتله بينهم و لا يجوز قتل الصبيان و المجانين و النساء و ان عاونوا الا مع الضروره كما إذا تترسوا بهم و توقف الفتح على قتلهم و كذا لا يجوز قتل الشيخ الفانى الا ان يعـاون برأى أو قتـال و لو تترسوا بالمسـلمين كف عنهم مـا أمكن و مع التعـذر بـان لا يمكن التوصل إلى المشـركين الا بقتل المسـلمين فلا قود و لا ديه نعم تجب الكفاره و ينبغى ان تكون من بيت المال و من اسلم فى دار الحرب حقن دمه و حمى ولده الصغار من السبى و ماله من الأخذ و لو اسلم العبد قبل مولاه و خرج ملكك نفسه (و يكره) التبييت و القتال قبل الزوال و لو اضطر زالت و ان يعرقب الدابه إذا كانت الدابه لمسلم و لا كراهه فى قتل دابه الكافر و المبارزه من دون اذن الإمام عليه السلام و تحرم ان منع و تجب ان لزم و تجب مواراه المسلم المقتول فى المعركه فان اشتبه فليوار صغير الذكر و الصلاه تابعه للدفن

(و يترک القتال) وجوبا لأمور:

(أحدها) الامان

و لو من آحـاد المسـلمين لآحـاد الكفار أو من الإمام أو نائبه للبلـد و شـرط نفوذه من غير الإمام أن يكون قبل الاسـر و ان تنتفى المفسده فلو امن الجاسوس لم ينفذ و حيث تختل شـروط الصحـه يرد الكافر إلى مأمنه و كذا كل داخل بشـبهه الامان أو بسفاره أو ليسمع كلام الله.

(ثانيها) النزول على حكم الإمام أو من يختاره الإمام

فينفذ حكمه ما لم يخالف الشرع.

(الثالث و الرابع) الإسلام و بذل الجزيه.

(الخامس) المهادنه على ترک الحرب مده معینه

و هی جائزه مع المصلحه للمسلمین.

(و أما أحکام الغنیمه)

و هی ما اخذته الفئه المجاهده علی سبیل الغلبه لا باختلاس و سرقه فانه لآخذه و لا بانجلاء أهله عنه بغیر قتال فانه للامام علیه السلام (فما لا ینقل و لا یحول) کالأرض و المساکن و الشجر لجمیع المسلمین سواء فی ذلک المقاتلون و غیرهم- و المنقول- لخصوص المقاتلین و یدخل فیهم من حضر القتال لیقاتل و ان لم یقاتل و اطفالهم الذکور و المولودون بعد الحیازه و قبل القسمه و کذا المدد الواصل إلیهم حینئذ- للفارس سهمان- و للراجل سهم و لذی الفرسین أو الافراس ثلاثه و ان قاتلوا فی السفن و لم یحتاجوا إلی افراسهم- و لا سهم للمخذل- و لا للمرجف و لا لفرسهما- و للقحم- بفتح القاف و سکون الحاء و هو الفرس الکبیر الهرم- و لا للضرع- بفتح الضاد المعجمه و الراء و هو الصغیر الذی لا یصلح للرکوب أو الضعیف- و لا للحطم- بفتح الحاء و کسر الطاء و هو الذی ینکس من الهزال- و لا للرازح- بالراء المهمله ثمّ الزاء بعد الالف ثمّ الحاء المهمله و هو الهالک هزالا- و التقسیم المذکور- للفاضل بعد الجائل التی یجعلها

الإمام علیه السلام للمصالح و ما یلحق الغنیمه من مئونه حفظ و نقل و غیرهما- و بعد الخمس- و الرضخ- و هو العطاء الغیر کثیر لمثل المرأه و العبد و الکافر إذا عاونوا- و النفل- بالتحریک و هو زیاده الإمام لبعض الغانمین علی نصیبه شیئا من الغنیمه لمصلحه- و ما یصطفیه الإمام- لنفسه من فرس فاره و جاریه و سیف و نحوها- و السلب- بفتح السین و اللام و هو ثیاب القتیل و آلات حربه المختص بالقاتل- و تملک النساء- و الاطفال بالسبی و لا یقتلون و ان کانت الحرب قائمه و الذکور البالغون یقتلون حتما ان اخذوا و الحرب قائمه الا ان یسلموا فیسقط قتلهم و یتخیر الإمام بین استرقاقهم و المن علیه و الفداء و ان اخذوا بعد ان وضعت الحرب اوزارها لم یقتلوا و یتخیر الإمام بین المن علیهم و الفداء و الاسترقاق و حیث یختار الفداء أو

الاسترقاق يـدخل فى الغنيمه كما يـدخل من استرق ابتـداء من النساء و الاطفال و لو عجز الاسـير عن المشـى لم يجز قتله و يعتبر البلوغ بالانبات.

(و اما أحكام البغاه)

فهى ان من خرج على المعصوم من الأئمه فهو باغ واحـدا كان أو اكثر و يجب قتاله حتى يفى ء أو يقتل و قتاله كقتال الكفار فى وجوبه كفايه و غيره من الأحكام عـدا ان ذوى الفئه يجهز على جريحهم و يتبع مـدبرهم و يقتل اسـيرهم و من لا فئه لهم يفرقون من غير ان يتبع لهم مـدبر و يقتل لهم اسـير أو يجهز على جريح و لا تسبى نساء الفريقين و لا ذراريهم و لا تملك أموالهم مطلقا ما حواه العسكر و ما لم يحوه.

و ليكن هـذا آخر مـا اردت هنـا ذكره و قصـدت حصـره مختصـرين لـك مطوله محررين محصـله حامـدين الله تبـارك و تعالى اسـتتماما لنعمته (و الحمد لفضـله) شاكرين نعمائه استسلاما لعزته (و الشكر طوله) مستعينين به على القيام بما يبقى اجره و يحسن فى الملأـ الأـعلى ذكره و ترجى مثـوبته و ذخره آملين من كرمه و فضـله أن يجعلنـا ممن قبـل عمله و غفر زلله و جعـل إلى الجنّه منقلبه لا يخيب من ساله و لا يخسـر من آمله مصلين على رسوله محمد الذى بالحق ارسله و على العالمين اصطفاه و فضله و على آله الـذين حفظوا منه مـا حمله سـائلين الله سـبحانه و تعـالى لك و لنا الامـداد بالاسـعاد و الارشاد إلى المرد و التوفيق للسـداد و العصمه من الخلل فى الاصدار و الايراد انه أعظم من أفاد و اكرم من سئل فجاد و وقع الفراغ صبيحه الثلاثاء ثامن جمادى الأولى (سنه ۳۳۹) و الحمد لله وحده.

دلیل کتاب سفینه النجاه الجزء الرابع

الموضوع ..... رقم الصفحه

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم
هَلْ يَسْتَوِى الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: ۹

المقدمة:
تأسّس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامى عام ۱۴۲۶ الهجرى فى المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين فى الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:
نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفير المصادر فى العلوم الإسلامية وتبعثرها فى أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين فى العلوم الإسلامية وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهى منظمة فى برامج إلكترونية وجاهزة فى مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها.
وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:
نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبىّ عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصا الشباب على دراسة أدقّ فى المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة فى الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين فى الحوازت العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها فى ملفات الكترونية

السياسات:
مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتنباب عن الروتينية وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمى البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فی نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:
طبع الكتب والملزمات والدوريات
إقامة المسابقات فی مطالعة الكتب
إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فی الأمكنة الدينية والسياحية
إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية
افتتاح موقع القائمية الانترنتی بعنوان : www.ghaemiyeh.com
إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...
الإطلاق والدعم العلمی لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها
تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms
إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس
إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين
إنتاج آلاف برامج فی البحث والدراسة وتطبيقها فی أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛
١.JAVA
٢.ANDROID
٣.EPUB
٤.CHM
٥.PDF
٦.HTML
٧.CHM
٨.GHB
إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية
١.ANDROID
٢.IOS
٣.WINDOWS PHONE
٤.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فی الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فی تحقیق أهدافنا وعرض المعلومات علینا.

عنوان المكتب المركزی

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهید محمد حسن التوكلی، الرقم ۱۲۹، الطبقة الأولی.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكترونی : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزی ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

هاتف المكتب فی طهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱

قسم البیع ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹شؤون المستخدمین ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹.